Die Aussonderung im schweizerischen Konkursrecht

(Art. 242 SchKG.)

Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte,
vorgelegt der Juristischen Fakultät der Universität Freiburg
in der Schweiz

von

EMIL ZIMMERMANN
von Nottwil.

Genehmigt von der Juristischen Fakultät am 18. Februar 1935 auf Antrag von
Herrn Professor Dr. A. von Overbeck (erster Referent)
und Herrn Professor Dr. A. Favre (zweiter Referent)

Buchdruckerei Burch & Cie., Lungern
1952

Die Aussonderung im schweizerischen Konkursrecht

(Art. 242 SchKG.)

Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte,
vorgelegt der Juristischen Fakultät der Universität Freiburg
in der Schweiz

von

EMIL ZIMMERMANN

von Nottwil.

Genehmigt von der Juristischen Fakultät am 18. Februar 1935 auf Antrag von
Herrn Professor Dr. A. von Overbeck (erster Referent)
und Herrn Professor Dr. A. Favre (zweiter Referent)

Buchdruckerei Burch & Cie., Lungern
1952

Mit der Annahme einer Dissertation beabsichtigt die juristische Fakultät der Universität Freiburg nicht, zu den darin enthaltenen wissenschaftlichen Meinungen des Verfassers Stellung zu nehmen (Fakultätsbeschluß vom 1. Juli 1916).

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meiner lieben Ehefrau und dem Andenken
meiner lieben verstorbenen Eltern

Inhaltsverzeichnis

Seite

Literaturverzeichnis 9
Abkürzungen 13
Vorbemerkung 14
Einleitung 15

I. Teil:

Das Aussonderungsrecht im allgemeinen.

1. Abschnitt.

Allgemeine rechtliche Grundlagen.

§ 1. Begriff und Inhalt des Aussonderungsrechtes . . . 19
§ 2. Die Stellung des Gemeinschuldners 26
§ 3. Die juristische Natur der Aussonderung . . . 29
I. Aussonderungsrecht 29
II. Aussonderungsverfahren 30
1. Materiellrechtliche Theorie 30
2. Betreibungsrechtliche Theorie 32
§ 4. Beziehungen zum Widerspruchsverfahren nach Art. 106—109 SchKG. 36

2. Abschnitt

Objekt der Aussonderung.

§ 5. Eigenschaften des Objektes 41
I. Der Sachbegriff des Art. 242 SchKG . . . 41
II. Die Aussonderung von körperlichen Sachen . . 43
III. Die Aussonderung von Dienstbarkeiten und Rechten . 47
IV. Die Aussonderung von Forderungen und Wertpapieren . 49
§ 6. Der Gewahrsam am Objekt 53

I. Begriff 53
II. Gewahrsam und Besitz 57
III. Gewahrsam im ehelichen Güterrecht . . . 58
IV. Gewahrsam bei Grundstücken 60
V. Zeitpunkt des Gewahrsams 65

3. Abschnitt

Die Aussonderungsgründe.

§ 7. Die Aussonderung auf Grund privatrechtlicher Bestimmungen 67
A. Das Eigentumsrecht als Hauptfall der Aussonderung . 67
I. Allgemeines 67
II. Aussonderung gestützt auf Eigentumsvorbehalt . . 72
III. Die Aussonderung beim gemeinschaftlichen Eigentum 77
IV. Aussonderung und Nacherbenrecht . . . 80
V. Das Aussonderungsrecht der Ehefrau . . . 81
1. Allgemeines 81
2. Sondergut und eheliches Vermögen . . . 84
3. Die einzelnen Güterstände 87
B. Die Aussonderung auf Grund obligatorischer Rechtsverhältnisse 93
§ 8. Die Aussonderung auf Grund konkursrechtlicher Bestimmungen 98
I. Die Aussonderung von Inhaber- und Ordrepapieren . 98
II. Die Rückforderung des Erlöses aus dem Verkauf einer fremden Sache 102
III. Das Verfolgungsrecht des Verkäufers . . . 105

II. Teil:

Das Aussonderungsverfahren.

1. Abschnitt

Das administrative Aussonderungsverfahren.

§ 9. Die Geltendmachung des Aussonderungsanspruches . . 113
I. Allgemeines, Form und Frist zur Geltendmachung . 113
II. Die Geltendmachung nach erfolgter Verwertung des Aussonderungsobjektes 119

§ 10. Die Aussonderungsverfügung 122
I Begriff und formelle Erfordernisse . . . 122
II. Die Verfügung bei Konkurrenz mit Pfandansprachen . 126
III. Die einzelnen Verfügungen der Konkursverwaltung . 128
a) Die Verfügung auf Anerkennung des Anspruches . 128
b) Die Verfügung auf Bestreitung des Anspruches . 129
c) Die Verfügung bei anerkannter Kompetenzqualität nach Art. 54 Al. 2 KV 132
IV. Die Beschwerde 133
§ 11. Schutzbestimmungen zu Gunsten der Gläubiger . . 136
a) Die Kompetenzen der Gläubigerversammlung . . 138
b) Die Abtretung der Massarechte nach Art. 260 SchKG. . 140

2. Abschnitt

Das gerichtliche Aussonderungsverfahren.

§ 12. Die Aussonderungsklage nach Art. 242 Al. 2 SchKG. . . 147
I. Juristische Natur der Klage 147
II. Klagefrist 148
III. Klageanhebung 150
IV. Gerichtsstand und Streitwert 151
V. Rechtskraft des Urteiles 153

Literaturverzeichnis.

Blumenstein, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern, 1911.

Busch L., Aussonderungsklage, Aussonderungsrecht. In Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausg. von Fritz Stier-Somlo und Alex. Elster, Berlin, 1926.

Dernburg Heinrich, Lehrbuch des preussischen Privatrechtes, Bd. II, 4. Aufl. Halle, 1889.

Doka C., Der Nachlaßvertrag mit Vermögensabtretung, in ZSR., Bd. 45, fol. 126.

Egger, Kommentar zum ZGB., Familienrecht, 2. Aufl. Zürich, 1936.

Endemann Wilhelm, Das deutsche Konkursverfahren, Leipzig, 1889.

Fick-Schneider, Das schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911, Zürich, 1915.

Fischer Otto, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß- und Konkursrechtes, Berlin 1918.

Fitting Heinrich Hermann, Das Reichsconkursrecht und Conkursverfahren, 3. Aufl. Berlin, 1904.

Flachsmann, Die Abtretung der Rechtsansprüche der Konkursmasse nach Art. 260 des schweiz. Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, Diss. Zürich, 1927.

Frommhold, Die Widerspruchsklage in der Zwangsvollstreckung in ihrer geschichtlichen Entwicklung, Breslau, 1891.

Fuchs Carl, Der deutsche Conkursprozeß, Leipzig, 1877.

Gmür, Kommentar zum ZGB. Familienrecht, Bern, 1923.

Götzinger F., Art. 260 SchKG. und seine Anwendung in der Praxis, in ZSR. Bd. 25, fol. 497.

Guhl Th., Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich, 4. Aufl. 1948.

Haab Robert. Kommentar zum ZGB.; Sachenrecht, Zürich, 1929—1948.

von Häfen Harry, Das Aussonderungsrecht der Ehefrau im Konkurse des Ehemannes, Diss. Göttingen, 1927.

Hafner, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs. Zürich, 1892.

Hellmann Friedrich, Deutsches Reichskonkursrecht. In Karl Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Berlin, 1901.

— Lehrbuch des deutschen Konkursrechtes. Berlin. 1907.

Hellwig, Erweiterung des Eigentumsschutzes durch persönliche Ansprüche. In Archiv f. zivilistische Praxis, Bd. 68, fol. 217.

Heuberger, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Brugg, 1892.

Heusler, Motive zum Entwurf von 1874.

Homberger A., Kommentar zum ZGB., Sachenrecht, III. Abteilung, Zürich, 1938.

Huber Eugen, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, Basel, 1886—1893.

Huber Emil, Zur Natur der Klagen aus Art. 106/9 SchKG. In ZbJV., Bd. 43, fol. 585.

Jaeger Carl, Das Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs (Kommentar), Zürich, 1911.

— Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis, Bd. I—IV.

Jaeger C./Daeniker M., Schuldbetreibung und Konkurs-Praxis der Jahre 1911—1945, 2 Bände, Zürich, 1947.

Jaeger Ernst, Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, 6. und 7. Aufl., Berlin 1928—1936.

— Konkursrecht. In Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, herausgeg. von E. Kohlrausch und W. Kaskel, Berlin, 1924.

— Lehrbuch des deutschen Konkursrechtes, 8. Aufl. Berlin, 1932.

Jenny Franz, Der öffentliche Glaube des Grundbuches nach dem schweizerischen ZGB., Diss. Freiburg, 1926.

Kohler Josef, Leitfaden des deutschen Konkursrechts, Berlin, 1903.

— Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart, 1891.

— Grundriß des Zivilprozesses mit Einschluß des Konkursrechts, Stuttgart, 1907.

— Zivilprozeß und Konkursrecht. In Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 7. Aufl. Leipzig u. Berlin, 1913.

Laß Ludwig, Konkursrecht. In Das gesamte Deutsche Recht, Bd. 2, Berlin, 1935.

Leemann Hans, Kommentar zum ZGB., Sachenrecht, Bern, I. Abteilung 1920, II. Abteilung 1925.

Markowitz Paul, Erweiterungen und Beschränkungen des Aussonderungsrechtes, Diss. Breslau, 1909.

Martin Alfred, Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne, 1908.

Meili Friedr., Lehrbuch des internationalen Konkursrechtes, Zürich, 1909.

Oetker Friedr., Konkursrechtliche Grundbegriffe, I. Bd., Stuttgart, 1891.

Oser/Schönenberger, Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Das OR., Zürich, 1 Teil 1929, 2. Teil 1936.

Ostertag, Kommentar zum ZGB., Sachenrecht, III. Abteilung, 2. Aufl. Bern 1917.

von Overbeck Alfred, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2. Aufl. Zürich, 1940.

— Die Grenzen der kantonalen Gesetzgebung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, in BSchK., 2. Bd. fol. 97 und 129.

Pedrazzini Wilhelm, Die Widerspruchsklage nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, Diss. Freiburg, 1895.

Peter Emil, Die sog. Widerspruchsklage. In ZSR. Bd. 17, 371.

Petersen Jul. und Kleinfeller Georg, Konkursordnung für das Deutsche Reich, nebst den Einführungsgesetzen, 4. Aufl. Lahr, 1900.

Reymond Jean, Contribution à l'étude de la revendication en matière de faillite, Diss. Lausanne 1918.

Rintelen Anton, Handbuch des österreichischen Konkurs- und Ausgleichsrechtes, München, 1915.

von Sarwey Otto, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, bearbeitet von G. Bossert, 4. Aufl. Berlin, 1901.

Saxer Hanny, Das Privileg der Ehefrau im Konkurs des Ehemannes, Diss. Zürich, 1927.

Schlatter, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweiz. Recht, Zürich 1893.

von Schrutka-Rechtenstamm Emil, Zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren, Berlin, Dogmengeschichtl. Teil 1889, Dogmatischer Teil 1893.

Seuffert Lothar, Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechtes, 1. Abtg. Rechtsverhältnisse der Aktivmasse, Nördlingen, 1888.

— Deutsches Konkursprozeßrecht. In Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, herausg. von Dr. K. Binding, Leipzig, 1899, zitiert unter Seuffert.

Sieburg Felix, Das Aussonderungsrecht (mit Ausschluß des Verfolgungsrechtes), Diss. Breslau, 1906.

Sohm Rudolf, Wesen und Voraussetzungen der Widerspruchsklage, Leipzig, 1908.

Stein Friedrich, Grundfragen der Zwangsverwertung, Tübingen, 1913.

Stein-Junker, Grundriß des Zivilprozeßrechtes und des Konkursrechtes, Tübingen, 1928.

Streit, Das Kinder- und Mündelprivileg nach dem schweiz. Konkursrecht, Diss. Zürich, 1932.

Stückelberg Alfred, Der Eigentumsvorbehalt beim Verkauf nach schweiz. Recht, ZSR., Bd. 17, fol. 322.

Tuor Peter, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 5. Aufl. Zürich, 1948.

— Kommentar zum ZGB., Erbrecht, Bern, 1929.

von Völderndorff, Konkursordnung für das deutsche Reich, Erlangen, 1879.

Wagner Walter, Fragen aus dem Gebiete der Widerspruchsklage, Diss. Zürich, 1942.

Weber Leo und Brüstlin Albert, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Auflage von A. Reichel, Zürich, 1901 (Zitiert mit Reichel).

von Wilmowski G., Deutsche Reichs-Konkursordnung, 6. Aufl. Berlin, 1906.

Abkürzungen.

Anl.	Anleitung der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichtes über die bei der Zwangsverwertung von Grundstücken zu errichtenden Aktenstücke, vom 7. Okt. 1920.
Archiv	Archiv für Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.
B.Bl.	Bundesblatt.
BGB.	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich, vom 18. Aug. 1896.
BGE.	Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung.
BSchK.	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs.
Bl.Zü.R.	Blätter für zürcherische Rechtssprechung.
DKO.	Deutsche Konkursordnung, in Kraft seit 1900.
KV.	Verordnung des Bundesgerichtes über die Geschäftsführung der Konkursämter, vom 13. Juli 1911.
OR.	Schweizerisches Obligationenrecht.
Praxis	Praxis des Bundesgerichtes.
SchKG.	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889.
SJZ.	Schweiz. Juristenzeitung.
VZG.	Verordnung des Bundesgerichtes über die Zwangsverwertung von Grundstücken, vom 23. April 1920.
VVG.	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, vom 2. April 1908.
ZbJV.	Zeitschrift des bernischen Juristenvereines.
ZBGR.	Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht.
ZSR.	Zeitschrift für schweiz. Recht, neue Folge.
ZGB.	Schweizerisches Zivilgesetzbuch.

Vorbemerkung.

Erfahrungsgemäß stellen sich dem Praktiker nicht nur im Kollokationsverfahren, sondern vor allem bei der Abgrenzung der Konkursmasse oft erhebliche Schwierigkeiten entgegen. Eine systematische Bearbeitung von Art. 242 SchKG bot daher besonderes Interesse.

Umständehalber erfolgt die Drucklegung mit Verspätung. Die wichtigsten, seit der Annahme durch die Fakultät publizierten Entscheidungen und Veröffentlichungen sind nachgeführt worden.

Meinem hochverehrten, inzwischen leider verstorbenen akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. A. von Overbeck sel., Freiburg, schulde ich aufrichtigsten Dank für die erteilten Ratschläge und Anregungen.

Luzern, Dezember 1951.

Der Verfasser.

Einleitung.

Der Konkurs hat eine Generalexekution[1]) in das gesamte Vermögen des Schuldners zur Folge, soweit dasselbe der schuldrechtlichen Zwangsvollstreckung unterliegen kann. Im Gegensatz zur Singularexekution der Betreibung auf Pfändung und Pfandverwertung, wo nur einzelne individuell bestimmte Vermögensobjekte für die Befriedigung des Gläubigers verwertet werden, vereinigt der Konkurs nach Art. 197 SchKG. das gesamte verwertbare Vermögen des Kridaren zu einer einzigen Masse, die der gemeinschaftlichen Befriedigung aller Gläubiger zu dienen hat. Bezüglich der Rechtsnatur dieses Zugriffsrechtes sind in der Doktrin die verschiedensten Theorien aufgestellt worden. So bestand lange die Auffassung, daß die Gläubiger ein Recht auf Universal-Sukzession in das der Vollstreckung unterliegende Vermögen hätten, sei es mit direktem Subjektswechsel (translative Sukzession) oder daß doch wenigstens an diesem Vermögen Rechte anderer Personen entstehen (konstitutive Sukzession). Während Seuffert eine Pfandrechtstheorie entwickelt[2]), erlangen nach J. Kohler[3]) die Gläubiger am Vermögen des Schuldners ein dem Pfandrecht verwandtes Wertrecht, das Beschlagsrecht, kraft dessen sie das Vermögen verwerten und zu Geld machen und es zu diesem Zwecke auch in Besitz nehmen kön-

---

[1]) Diese stellt als solche nach F. Stein eine Betätigung der Staatsgewalt dar, vgl. Grundfragen der Zwangsverwertung, fol. 8.

[2]) Vgl. Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechtes, fol. 92. Ein Pfandrecht nahmen auch die römischen Juristen, spez. Ulpian in seinen Disputationen bei der missio in bona an; Seuffert, am gl. Ort, fol. 20. Sohm, Instit. 1923, fol. 719.

[3]) Leitfaden des deutschen Konkursrechtes. Vgl. auch Praxis XXIII, fol. 61.

nen[4]). Wir halten mit Blumenstein[5]) dafür, daß sich diese theoretischen Konstruktionen nicht auf unser schweizerisches Konkursrecht anwenden lassen, da die Gläubiger keine dinglichen Rechte am Konkurssubstrat, sondern nur einen Anspruch auf Befriedigung für ihre Forderungen auf dem Wege eines Zwangsvollstreckungsverfahrens besitzen.

Die richtige Durchführung des Konkursverfahrens verlangt, daß vor der Anhandnahme der Verwertungshandlungen diejenigen Vermögensobjekte des Schuldners, die dem Zugriffsrecht der Gläubiger erliegen, in jeder Hinsicht spezialisiert und gegenüber den im Gewahrsam des Kridaren befindlichen, der Zwangsexekution nicht unterliegenden Vermögenskomplexen vollständig abgegrenzt werden. Die erste Tätigkeit des Konkursamtes ist daher vornehmlich der Sicherung und Feststellung des Konkurssubstrates gewidmet. Im Gegensatz zu der Regelung im deutschen Konkursrecht, wo nur dasjenige Vermögen, das dem Schuldner im Augenblicke der Konkurseröffnung zusteht, zum Gegenstand der Vollstreckung gemacht wird und Neuerwerb von Vermögen konkursfrei ist[6]), gehört nach Art. 197 Abs. 2 SchKG. auch alles Vermögen, das dem Gemeinschuldner vor Schluß des Konkursverfahrens anfällt, zur Konkursmasse[7]). Nach dieser Vorschrift umfaßt daher die Konkursmasse sämtliche Aktiven des Gemeinschuldners, gleichgültig, ob dieselben sich im Inland oder Ausland befinden, — Prinzip der Attraktivkraft des Konkurses — soweit dieselben nicht durch positive Gesetzgebung der konkursrechtlichen Exekution entzogen sind.

Nach Art. 198 SchKG. fallen auch Vermögensstücke, an denen Pfandrechte haften, unter Vorbehalt des den Pfandgläubigern gesicherten Vorzugsrechtes, in die Konkursmasse. Das schweizerische Recht kennt keine sogenannte Absonderung, wie

---

4) In diesem Sinne auch C. Jaeger, Komm., Art. 197 N. 7 d, u. Art. 240 N. 5. Vgl. auch Flachsmann a.a.O. fol. 8,

5) Handbuch, fol. 548; vgl. auch Haab, Komm. Vorbem. Art. 652, N. 9.

6) Vgl. DKO., § 1, Kohler, Leitfaden fol. 76, E. Jaeger, Konkursrecht, fol. 64.

7) Nach Schluß des Konkursverfahrens können dagegen nur gemäß Art. 269 SchKG. weitere Vermögenswerte admassiert werden.

sie namentlich das deutsche Konkursrecht ausgebildet hat, wo derartige Objekte aus der Konkursmasse ausgeschieden werden. In die Konkursmasse fallen weiter dingliche Rechte des Gemeinschuldners an Sachen Dritter (soweit sie nicht höchst persönlicher Natur und deshalb unverwertbar sind)[8]).

Dagegen fallen nicht in die Konkursmasse solche Vermögensobjekte, welche keinen realisierbaren Vermögenswert darstellen, also nur Bedeutung für den Schuldner selber haben und nicht zu den Gegenständen des wirtschaftlichen Verkehrs gehören. Außer Betracht fallen ferner, weil den Wirkungen des Konkurses nicht unterworfen, die sog. Kompetenzstücke im Sinne des, nach Art. 197 SchKG. auch im Konkurs zur Anwendung gelangenden Art. 92. Hier sind zwar die materiellen Voraussetzungen der Exequierung gegeben, aber aus humanitären, sozialen und öffentlich-rechtlichen Erwägungen heraus verzichtet der Gesetzgeber auf die Einbeziehung in die Zwangsvollstrekkung. Uns interessiert hier jedoch vor allem die Nichtadmassierung der Vermögensobjekte, die im Eigentum Dritter stehen. Oberste Voraussetzung für Verwertungsmöglichkeit ist das Eigentum des Schuldners am betr. Vermögensobjekt. Nur bei Vorhandensein dieser rechtlichen Eigenschaft ist nach allgemeinen Rechtsnormen eine Haftung für die Verbindlichkeiten des Schuldners und damit ein Zugriffsrecht des Gläubigers gegeben. Wie Blumenstein[9]) und H. Saxer[10]) zutreffend bemerken, liegt in dem in Art. 197 SchKG. aufgestellten Grundsatz, daß sämtliches Vermögen, das dem Schuldner im Momente der durch das Konkursdekret festgestellten Konkurseröffnung gehört, stillschweigend auch der andere Satz, daß solche Gegenstände, an denen der Gemeinschuldner kein Eigentum hat, zu denen er aber trotzdem in einem rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnis steht, nicht in die Masse einzubeziehen sind und ihre Eigentümer ein Recht auf Aussonderung aus der Konkursmasse haben. Der Feststellung und Abgrenzung der Konkursmasse dient gleich zu Beginn des Konkursverfahrens die Inventaraufnahme nach Art.

---

[8]) Blumenstein, fol. 623.
[9]) a.a.O. fol. 635, v. Overbeck, fol. 162.
[10]) a.a.O., fol. 21, so auch C. Jaeger, Komm. zu 197; K. Streit, a.a.O., 116

221 u. ff. SchKG. Diese Inventarisation zielt deutlich auf eine Ausscheidung der exekutionsunfähigen Vermögensobjekte hin. Nach der einen Seite hat der Konkursbeamte nach Art. 221 SchKG. „das zur Konkursmasse gehörende Vermögen" in das Inventar aufzunehmen, wozu er die geeigneten Erhebungen zu machen hat und nach der andern Richtung hat er nach Art. 31 KV. die Kompetenzstücke „am Schlusse des Inventars auszuscheiden" und nach Art. 34 KV. „die Eigentumsansprachen in einer besonderen Abteilung des Inventars unter Angabe des Ansprechers zusammenzustellen". Der Konkursbeamte macht also hier schon Feststellungen bezüglich Abgrenzung des Konkurssubstrates, die immerhin von einer gewissen Bedeutung, namentlich bezüglich der Kompetenzstücke (vgl. Art. 32 KV.) sind, auch wenn die Frage der Zugehörigkeit zur Aktivmasse damit nicht entschieden wird und eine Aufnahme in das Inventar weder eine spätere Verfügung über die Sache, noch eine Verteilung der Parteirollen in einem späteren Rechtsstreit präjudiziert[11]).

Diese admassierten Objekte bleiben in der Verfügungsmacht der Konkursmasse, bis die Frage der Zugehörigkeit zu derselben endgültig entschieden ist, und zwar gilt dies sowohl für Kompetenzstücke als auch für die erwähnten Sachen, die sich in der Verfügungsgewalt der Masse befinden und von Dritten angesprochen werden. Während jedoch bezüglich der Kompetenzstücke durch die stillschweigende Genehmigung des Konkursinventars die Ausscheidung aus der Masse erfolgt[12]), hat bezüglich des Drittmanngutes das hiernach dargestellte Aussonderungsverfahren im Sinne von Art. 242 SchKG. stattzufinden.

---

[11]) C. Jaeger, Komm., Art. 221, N. 3. Im übrigen ist gemäß der Praxis des Bundesgerichts die Inventaraufnahme eine rein interne Konkursverwaltungshandlung, die keine für Dritte nachteilige Rechtswirkungen nach sich zieht, weshalb der Dritte zur Beschwerdeführung gegen das Konkursinventar nicht legitimiert ist, vgl. BGE. 53 III, fol. 90 und 54 III, fol. 18.

[12]) Art. 32 KV.

I. Teil

Das Aussonderungsrecht im allgemeinen.

1. Abschnitt.

Allgemeine rechtliche Grundlagen.

§ 1. Begriff und Inhalt des Aussonderungsrechtes.

Wie Oetker[1]) bemerkt, rechnet der Gesetzgeber mit unrichtiger Bestimmung der Masse, da nicht jedes konkrete Konkursverfahren den Anforderungen des Gesetzes entspricht. In der Doktrin, spez. derjenigen des deutschen Konkursrechtes, hat diese Tatsache der Unterscheidung von „Sollmasse" und „Istmasse" gerufen, wobei als Sollmasse die in gesetzlichem Umfang bestehende, also in völlig zutreffender Weise konstituierte Masse bezeichnet wird im Gegensatz zur Istmasse als derjenigen Masse, die in concreto besteht und die größer oder kleiner sein kann, weil noch andere Vermögensstücke in dieselbe einbezogen und anderseits verschiedene Objekte meist nicht erlangt oder oft übersehen werden[2]). Die rechtliche Zugehörigkeit eines Objektes zur Masse wird nun allerdings durch die konkursamtliche Einbeziehung in dieselbe nicht hergestellt und durch ein Uebersehen nicht aufgehoben, da nach E. Jaeger[3]) die Istmasse als solche nicht das Ergebnis einer Rechtsgestaltung darstellt. Ein

---

[1]) Konkursrechtl. Grundbegriffe, fol. 9; vgl. hiezu auch F. Stein, Grundfragen der Zwangsvollstreckung, und Stein-Junker, Grundriß, fol. 433; Seuffert, K. Prozeßrecht, fol. 154.

[2]) E. Jaeger, Konkursrecht, fol. 62, v. Sarwey-Bossert, fol. 196, Laß, fol. 156.

[3]) Konkursrecht, fol. 62.

dem Gesetz entsprechender und daher rechtmäßiger Staatsakt kann unter Umständen einen Gegenstand ergreifen, der nicht zu dem für die Vollstreckung haftenden Vermögen gehört[4]).

Dies gilt namentlich auch hinsichtlich der einleitend erwähnten Admassierung von Vermögenswerten, die nicht im Eigentum des Schuldners, sondern eines Dritten, stehen. Wie vorgehend bemerkt, spielen diese Objekte bei der Feststellung des Konkurssubstrates insofern eine Rolle, als dieselben nach Art. 225 SchKG. und Art. 34 KV. ebenfalls im Konkursinventar aufzuzeichnen sind. Diese Maßnahme steht in Beziehung zu den Besitzesregeln des Privatrechtes und erklärt sich aus der durch die moderne Wirtschaftsordnung geforderten Oeffentlichkeit der Vermögens- und dinglichen Rechtsverhältnisse. Wie Tuor ausführt[5]) ist nach deutschrechtlicher Auffassung, der auch unser ZGB. hinsichtlich der beweglichen Sachen folgt[6]), der Besitz die äußere Form, in der das Recht an einer Sache zutage tritt und liegt daher regelmäßig einem Besitzverhältnis auch ein Rechtsverhältnis zugrunde, und zwar jenes, das der Besitzer zu haben behauptet. Es spricht eine Vermutung dafür, daß dem Besitze das beanspruchte Recht wirklich entspreche. Für die Admassierung des im Besitze des Kridaren befindlichen Drittmannsgutes spricht die Vermutung von Art. 930 ZGB., wonach vom Besitzer einer beweglichen Sache vermutet wird, daß er ihr Eigentümer sei. Es liegt im Wesen der konkursrechtlichen Zwangsvollstreckung, daß diese Präsumption mit ihrer Defensivwirkung auch hinsichtlich des Zugriffsrechtes der Gläubiger gilt, soweit sie für die Durchführung des Konkurses geboten erscheint. Die Masse hat damit eine Beweiserleichterung und kann sich darauf verlassen, daß der besser berechtigte Dritte die Nichtzugehörigkeit des betreffenden Objektes zur Masse dartue[7]).

---

[4]) Stein, Grundfragen, fol. 47; nicht zutreffend aber seine Bemerkung, wonach dieser Umstand nicht innerhalb der Zwangsvollstreckung geltend gemacht werden könnte.

[5]) Schweiz. Zivilgesetzbuch, fol. 434.

[6]) Bezügl. Grundstücke knüpft sich die Vermutung gemäß Art. 937 ZGB. an den Grundbucheintrag.

Die Admassierung ist demzufolge nur eine provisorische und dauert als solche bis zu jenem Moment, wo im Rechtsstreit zwischen dem Drittansprecher und der Masse über ihr rechtliches Schicksal entschieden ist. Eine Einbeziehung in die Verwertung ist damit erst möglich, wenn diese provisorische Admassierung definitiv wird, worüber in einem konkursrechtlichen Verfahren zu entscheiden ist. Das Vollstreckungsverfahren muß also auch nach der Richtung ausgebaut sein, daß eine falsche Admassierung, hervorgerufen durch Einbeziehung von Drittmannsgut, verhindert oder richtiggestellt wird. Diesem Zwecke dient unzweifelhaft auch die Bestimmung von Art. 37 lit. d, KV., wonach der Konkursbeamte anläßlich der Inventaraufnahme den Gemeinschuldner darüber einzuvernehmen hat, ob Kinder oder Mündel unter seiner Gewalt stehen und ob zu ihren Gunsten Eigentums- oder Forderungsansprüche bestehen[8]) und nach Art. 40 lit. e der gleichen Verordnung hat der Konkursbeamte zutreffendenfalls der zuständigen Vormundschaftsbehörde eine Spezialanzeige über die Konkurseröffnung zugehen zu lassen. Durch diese Vorschrift soll erreicht werden, daß eine Verwaltungsbehörde zum Schutze berechtigter Interessen an der Feststellung des Konkurssubstrates mitwirke und durch Geltendmachung bestimmter Ansprüche eine falsche Admassierung und ungerechtfertigte Verwertung verhindere.

Aber auch abgesehen von diesem speziellen Fall hat der an einem im Besitze des Gemeinschuldners befindlichen und damit zur Konkursmasse gezogenen Vermögenswert Berechtigte ganz allgemein einen Anspruch darauf, daß dieser Vermögenswert, als der Masse nicht zustehend, ihm herausgegeben und damit der Verwertung entzogen werde. Sein besseres Recht an der Sache darf durch die Konkurseröffnung nicht Schaden leiden, denn die

---

[7]) Besaß der Gemeinschuldner das betr. Objekt nur als Faustpfandgläubiger, so kann die Masse, da sie nicht mehr Rechte als der Schuldner hat, das Verfahren nach Art. 242 SchKG. nicht anwenden, sondern hat Betreibung auf Pfandverwertung einzuleiten und nötigenfalls klagend aufzutreten. BGE. Bd. 41 III, fol. 109.

[8]) Vgl. K. Streit: Das Kinder- und Mündelprivileg nach Schweizer Konkursrecht, gemäß SchKG. Art. 219 Ziff. 2.

Masse steht nicht in der Rolle des gutgläubigen Erwerbers, zumal ein Eigentumswechsel an den Masseobjekten durch Konkurseröffnung gar nicht stattfindet. Diese Drittansprecher hatten im römischen Recht ihre Ansprüche außerhalb des Konkursverfahrens zu verfolgen[9]). Im gemeinen Recht dagegen wurden sie als privilegierte Gläubiger behandelt, und zwar sowohl die Aussonderungsberechtigten-Separatisten ex jure domini —, als auch die Absonderungsberechtigten-Separatisten ex jure crediti[10]).

Das dem Dritten damit zustehende Recht, die Freigabe solcher Objekte aus der Masse zu verlangen, wird heute allgemein als „Aussonderungsrecht" bezeichnet[11]). Dieser Terminus „Aussonderungsrecht" oder „Aussonderungsanspruch" findet sich zwar nirgends im Text unseres Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes[12]). Er ist aber (wie übrigens auch die Bezeichnung „Widerspruchsverfahren"[13]) für die Geltendmachung der Ansprüche aus Art. 106—109 SchKG.) in Anlehnung an die Ausdrucksweise der deutschen Konkursordnung[14]), durch Doktrin und Praxis in unsere schweizerische Rechtssprache eingeführt worden. Statt Aussonderungsrecht wird in der Praxis auch häufig die Bezeichnung „Vindikationsrecht" gebraucht. Dieser Aus-

---

[9]) Vergl. v. Schrutka — Rechtenstamm, a.a.O. Bd. I, Frommhold, fol. 7—166, Fuchs, Konkursprozeß, fol. 57.

[10]) E. Jaeger, Konkursrecht, fol. 69, v. Wilmowski, a.a.O. fol. 193, Fuchs, a.a.O. fol. 57.

[11]) Vergl. Kohler, Lehrbuch, fol. 155, Fuchs, fol. 57, v. Wilmowski, 197, E. Jaeger, Konkursrecht, fol. 69; v. Schrutka-Rechtenstamm, Bd. I, der dem Worte „Exscindierungsklage" den Vorzug gibt, bemerkt, daß die Sache noch keinen allgemein angenommenen Namen habe, da neben „Aussonderung" auch die Bezeichnung Intervention, Zwischenklage, Freigebungsantrag, Vindikation etc. vorkomme. Die österreichische Konkursordnung von 1868 spricht von Rückforderungsrecht, Rintelen, fol. 270.

[12]) Wohl aber als Marginale zu Art. 45 KV.

[13]) Blumenstein, fol. 386.

[14]) § 43 DKO.; ebenso die österreich. Ko. v. 1914.

[15]) Dieser Ausdruck „revendication" findet sich so ziemlich allgemein in der franz. Literatur. Brüstlin und Rambert gebrauchen „distraction", was auch Reymond, fol. 34, empfiehlt.

druck ist aber, aus hiernach angeführten Gründen, eher abzulehnen, da es sich nicht um das zivilrechtliche Vindikationsrecht, als Recht auf Wiedererlangung eines früher schon ausgeübten Besitzes oder als Recht auf Erlangung eines noch nicht ausgeübten Besitzes, handelt. Diesen Ausdruck „Vindikationsrecht" gebrauchte auch die alte preussische Konkursordnung von 1855. Analog hiezu spricht auch der französische Text von Art. 242 von „objets revendiqués par les tiers", weshalb verschiedene Autoren den Ausdruck „revendication" verwenden[15]).

Aussonderungsrecht in subjektivem Sinne ist also der seitens eines Dritten gegenüber der Konkursmasse bestehende Anspruch auf Freilassung eines in der Masse befindlichen, dem Schuldner jedoch nicht gehörenden Vermögenswertes aus konkursrechtlicher Admassierung und Verwertung[16]). Dernburg[17]) sieht in der Aussonderung ein Recht auf Herausgabe von Sachen, vorausgesetzt, daß sie sich in der Masse befinden. Kohler[18]) erklärt das Aussonderungsrecht aus dem Beschlagsrecht heraus; der Gegenstand der Aussonderung kann als nicht zum Beschlagsrecht gehörig, aus der Masse herausverlangt werden. Nach E. Jaeger[19]) heißt aussondern die Nichtzugehörigkeit eines Gegenstandes zum Schuldnervermögen gegenüber dem Verwalter geltend machen. Nach ihm liegt das Wesen der Aussonsonderung in der Abwehr der vom Konkursverwalter behaupte-

---

16) In gleichem Sinne auch Reymond, fol. 82: „Prétention formulée par un tiers, tendant à empêcher qu'un certain objet ne soit réalisé au profit des créanciers". Unzutreffend daher F. Meili, fol. 166, der bemerkt, daß die Aussonderung dann praktische Bedeutung habe, wenn Objekte, die nicht zur Konkursmasse gehören, zu ihr gezogen werden wollen; im internationalen Konkursrecht sei der Berechtigte nicht verpflichtet, die betr. Objekte aus dem Auslande an die Masse abzuliefern. Hier handelt es sich um einen Streit über die Admassierung und nicht um Aussonderung, da ja die Masse noch nicht Trägerin des Gewahrsams ist; vgl. später.

17) Preuss. Privatrecht, fol. 304. Ähnlich wird das Aussonderungsrecht auch definiert von Hellmann, Reichskonkursrecht, fol. 723, von Völderndorff, Konkursordnung, fol. 366.

18) Leitfaden, fol. 101.

19) Komm. zur DKO., fol. 740, als „Freigabe aus der Masse" auch Seuffert, Geschichte und Dogmatik, fol. 155.

ten Massezugehörigkeit und ist sonach Widerspruch Dritter gegen Inanspruchnahme von Gegenständen für die Konkursmasse[20]). In ähnlichem Sinne äußern sich auch andere Autoren des Konkursrechtes[21]).

Aussonderung ist daher ihrem Wesen nach eine Tätigkeit, die auf Abgrenzung und Feststellung des Konkurssubstrates hinzielt. Vermögenswerte, die nicht Gegenstand der Zwangsverwertung sein können, sollen dadurch dem Zugriffsrecht der Gläubiger entzogen werden[22]). Hauptziel der Aussonderung ist somit die Feststellung der Nichtzugehörigkeit eines Gegenstandes zur Konkursmasse[23]).

Der Aussonderungsanspruch ist immer gegenüber der Konkursmasse geltend zu machen, denn der Gemeinschuldner ist, da ihm nach Art. 204 SchKG. die Dispositionsfähigkeit hinsichtlich der zur Masse gezogenen Objekte genommen ist, nicht mehr passivlegitimiert. Die Verfügung für die Herausgabe von Sachen, bezüglich deren Aussonderungsansprüche erhoben werden, ist denn auch nach Art. 242 SchKG. und 45 KV. von der Konkursverwaltung zu erlassen.

Träger des Aussonderungsanspruches ist immer ein Dritter, also eine am Konkursverfahren nur mittelbar beteiligte Person, welcher seinen Anspruch durch einen der hiernach erwähnten Aussonderungsgründe darzutun vermag, niemals aber der Gemeinschuldner selber.

Die Voraussetzungen des Aussonderungsrechtes sind nicht gegeben, wenn die Herausgabe von Vermögensobjekten in Frage steht, die eine Verwertung überhaupt nicht zulassen, weil sie für den Schuldner nur einen intellektuellen Wert haben oder ihrer Natur nach nur Interesse für die Person des Schuldners besitzen und auch nur von ihm geltend gemacht werden können. Sind solche Werte irrtümlich in den Masseverband einbezogen worden, so hat das Konkursamt dieselben dem Schuld-

---

[20]) Ebenso in Konkursrecht, fol. 69.
[21]) Vgl. Endemann, fol. 340, v. Sarwey-Bossert, fol. 193 & ff. Rintelen, fol. 270, Sieburg, fol. 2.
[22]) v. Sarwey-Bossert, fol. 193.
[23]) E. Jaeger, Komm. 1931, fol. 784.

ner wieder herauszugeben, ohne Rücksichtnahme auf Art. 242 SchKG. und 45 u. ff. KV., da dieselben weder sachlich noch rechtlich Bestandteile des Konkurssubstrats sein können[24]).

Namentlich unterscheidet sich der Aussonderungsanspruch begrifflich von der Konkursforderung, dem Objekte des Konkursverfahrens. Während hier der Anspruch des Gläubigers auf verhältnismäßige Befriedigung für eine in einer Geldzahlung bestehenden Forderung aus den gesamten, dem Zugriffsrechte der Gläubigerschaft erliegenden Aktiven geht, zielt der Anspruch des Aussonderungsberechtigten auf Herausgabe eines ganz speziellen Vermögenswertes aus der Konkursmasse. Er ist daher zur unmittelbaren Teilnahme am Konkursverfahren nicht legitimiert und kann weder an der Bildung des Konkurssubstrats, noch an der Feststellung des Konkursobjektes sich beteiligen, wie denn auch anderseits die Durchsetzung seines Anspruches nicht von einem Kollokationsverfahren abhängig ist[25]).

Ein Aussonderungsanspruch ist nun nicht gegeben, wenn der Kridar Eigentümer des herausverlangten Objektes ist und der Dritte nur einen persönlichen Anspruch auf Herausgabe hat. Hier bleibt die Sache in der Konkursmasse und der Dritte kann seinen Anspruch nach Art. 211 Abs. 2 SchKG. nur als gewöhnliche Konkursforderung geltend machen. Dieser Anspruch dürfte häufig aus dem durch OR. Art. 214 hervorgehenden Rücktrittsrecht des Verkäufers vom Kaufvertrag entstehen, wenn der Käufer seinen Verpflichtungen nicht nachkommt. Hier wird nun gerade durch die Bestimmung von Art. 212 SchKG. ein Aussonderungsrecht des Verkäufers verneint, selbst wenn er sich eine Rückforderung der übergebenen Sache vertraglich vorbehalten hat. wodurch OR. Art. 214 modifiziert wird[26]). Wie das Bundesgericht[27]) fest-

---

[24]) Vgl. über diese konkurstechnische Freigabe E. Jaeger, Konkursrecht, fol. 67.

[25]) Der Aussonderungsansprecher kann sein Recht auch nicht durch Hauptintervention im Kollokationsprozeß geltend machen, BGE. 48 III, fol. 165. Anderseits geht ein Aussonderungsanspruch, der irrtümlich als Konkursforderung angemeldet und als solche festgestellt wird, nicht in eine Konkursforderung über.

[26]) C. Jaeger, Komm. Art. 212, N. 8.

[27]) BGE. Bd. 25 II, fol. 448.

stellt, will Art. 212 SchKG. nicht ein Aussonderungsrecht ausschließen, sondern festsetzen, daß, wenn ein solches nicht besteht, es auch nicht für den Fall einer durch Konkurseröffnung herbeigeführten Nichterfüllung des Kaufvertrages anerkannt werde[28]).

Nach der Praxis des Bundesgerichtes[29]) muß auch ein bedingter Aussonderungsanspruch mit zur Zeit der Konkurseröffnung noch schwebenden Bedingung anerkannt werden. Hiebei genügt, daß die Bedingung schon vor Konkursausbruch von dem damals noch dispositionsfähigen Schuldner gesetzt worden ist.

§ 2. Die Stellung des Gemeinschuldners.

Nach Art. 222 Abs. 1 SchKG. ist der Schuldner bei Straffolge verpflichtet, bei der Feststellung der Konkursmasse dem Konkursamte alle seine Vermögensstücke anzugeben und zur Verfügung zu stellen. Diese Anzeigepflicht erstreckt sich nicht nur auf die dem Schuldner zu Eigentum zustehenden Vermögenswerte (inklusive derjenigen, an denen Kompetenzqualität geltend gemacht wird), sondern auch auf Vermögenswerte, welche von Dritten als Eigentum angesprochen werden (Art 225 SchKG.)[1]). In analoger Weise erstreckt sich die in Art. 204 SchKG. ausgegesprochene Dispositionsunfähigkeit des Schuldners auch auf dieses provisorisch in die Masse einbezogene Drittmannsgut, da dieses bis nach Durchführung des in Art. 242 SchKG. vorgesehenen Verfahrens ebenfalls den Beschränkungen des Massagutes unterworfen ist. Da allerdings auch ohne diese Vorschrift der Schuldner, zufolge fehlendem Eigentum, nur sehr beschränkt über solche Objekte verfügen könnte, dürfte hier vor allem ein Ausschluß der Rückgabe an den Drittansprecher in Frage kommen, zu der der Schuldner nun nicht mehr berechtigt ist, da die

---

[28]) Dies trifft jedoch nicht zu bei Verkauf unter Eigentumsvorbehalt, da hier das Eigentum nicht vor Bezahlung des Kaufpreises auf den Käufer übergeht. Vgl. später.

[29]) BGE. Bd. 42, III, fol. 360.

[1]) Blumenstein, fol. 708; C. Jaeger, Komm., Art. 222, N. 2.

Verfügung über Aussonderung einzig von den konkursamtlichen Organen zu erlassen ist. Eine derartige Herausgabe aus der Masse seitens des Schuldners würde also gegenüber der Konkursverwaltung keinerlei Rechtswirkungen äußern[2]). Die Konkursverwaltung hätte trotzdem die Verfügung nach Art. 242 SchKG. zu erlassen und die Gläubiger könnten gleichwohl nach Art. 47 KV. die Abtretung der Massarechtsansprüche nach Art. 260 SchKG. verlangen.

Obwohl der Schuldner am Aussonderungsverfahren sich nicht direkt beteiligen kann, so hat er doch Anspruch darauf, daß seine berechtigten Interessen nicht verletzt werden, denn es kann ihm nicht gleichgültig sein, ob fremde Vermögenswerte ungerechterweise admassiert oder umgekehrt zur Masse gehörende Werte ausgesondert werden (letzteres speziell, wenn er einen Nachlaßvertrag unter der heute häufigen Form der Vermögensabtretung abschließen will). Gegen die Verletzung der Vorschriften von Art. 242 SchKG. und 45 ff. KV. steht ihm das Recht der Beschwerde nach Art. 17 SchKG. zu. Diese Beschwerde ist nun auch sein einziges Rechtsmittel, denn am Aussonderungsprozeß kann er sich weder als Partei noch als Nebenintervenient beteiligen[3]).

Was die Rechtsbeziehungen zwischen dem Gemeinschuldner und dem die Aussonderung anbegehrenden Dritten anbetrifft, so werden diese durch das Aussonderungsverfahren nach Art. 242 SchKG. grundsätzlich nicht berührt, denn hier wird lediglich die Frage entschieden, ob der im Streit liegende Vermögenswert dem Zugriffsrecht der Gläubiger unterliege und daher zur Masse zu ziehen sei oder nicht, da das Aussonderungsverfahren nur der Feststellung des Konkurssubstrates dient. Das zwischen dem Schuldner und dem Aussonderungsberechtigten bestehende Rechtsverhältnis, kraft dessen der Schuldner den Besitz des der Aussonderung unterliegenden Vermögenswertes erwarb, wird nicht durch das Vollstreckungsrecht, sondern nach den Normen des Zivilrechtes beurteilt, wobei der Tatsache der Konkurseröff-

---

[2]) Blumenstein, fol. 695. Vgl. auch Seuffert, Geschichte und Dogmatik, fol. 157.

[3]) Blumenstein, fol. 703.

nung einschneidende rechtliche Wirkungen zuerkannt werden. Es sei im Zusammenhang damit nur hingewiesen auf OR. Art. 266 und 295. Während bei der Pacht durch den Konkurs des Pächters das Rechtsverhältnis unter allen Umständen auf Ende des Kalenderjahres nach Konkurseröffnung erlischt[4]), hat beim Konkurs des Mieters der Vermieter einen Anspruch auf Auflösung des Mietvertrages, sofern ihm nicht innert angemessener Frist für die Zinsen Sicherheit geleistet wird. Er kann also, auch wenn sein Aussonderungsanspruch gegenüber der Konkursmasse gutgeheißen wurde, das Mietverhältnis mit dem Konkursiten fortsetzen und auf die Sicherheitsleistung verzichten[5]). Bei der Gebrauchsleihe hat der Konkurs des Entlehners keinen Einfluß auf das Rechtsverhältnis. Der Leihgeber kann hier seine Rechte aus OR. Art. 309 geltend machen und besitzt einen Aussonderungsanspruch. Die Konkursmasse kann jedoch nach Art. 211 Al. 2 in diese Verträge eintreten und damit die Verpflichtungen des Schuldners übernehmen, soweit nicht der betreffende Vertrag durch den Konkurs eo ipso aufgehoben wird, wie z. B. bei der Pacht[6]).

Hat der Gemeinschuldner im Konkursverfahren Sachen verwerten lassen, von denen er wußte oder wissen mußte, daß sie nicht ihm, sondern einem Dritten gehörten, wird er natürlich diesem gegenüber schadenersatzpflichtig, auch wenn dieser selber kein Aussonderungsbegehren gestellt hat[7]).

---

[4]) Oser/Schönenberger, Komm. Art. 295 N. 1.

[5]) Frick/Schneider, Komm. Art. 766. In diesem Falle ist der Schuldner auch prozeßfähig, da es sich nicht mehr um Massaobjekte handelt und der Schuldner die Prozeßfähigkeit nicht absolut verliert; vgl. Blumenstein, fol. 694.

[6]) C. Jaeger, Komm. Art. 211 N. 5.

[7]) Bezüglich des Widerspruchsverfahrens vgl. Pedrazzini, a.a.O., fol. 44.

§ 3. *Die juristische Natur der Aussonderung.*

I. Aussonderungsrecht.

Dadurch, daß sich der Drittansprecher der Einbeziehung des angesprochenen Vermögenswertes in die Konkursmasse widersetzt, macht er nur seine Rechte aus Art. 197 SchKG. geltend, allerdings im negativen Sinne der Nichtzugehörigkeit zum Schuldnervermögen. Aussonderung ist also ihrer juristischen Natur nach nicht die Folge der Erhebung eines besonderen Anspruches, sondern die Folge der Geltendmachung der unmittelbar auf die betreffende Sache gehenden Ansprüche, die das zugrunde liegende, zwischen dem Drittansprecher und dem Gemeinschuldner bestehende Rechtsverhältnis dem Ersteren gewährleistet. Der Aussonderungsansprecher macht also gegenüber der Masse nur diejenigen Rechte und Ansprüche geltend, die er auch außerhalb des Konkurses direkt gegen den Gemeinschuldner geltend machen könnte, wenn ihm dieser den betreffenden Vermögenswert ungerechtfertigt entziehen würde. Das Aussonderungsrecht beruht also letzten Endes auf der Dinglichkeit des Anspruches. E Jaeger[1]), der Kommentator des deutschen Konkursrechtes, bemerkt hiezu: „Das Wesen des dinglichen Rechtes an einer Sache besteht darin, daß es für seinen Bereich die Zugehörigkeit der Sache zum Vermögen des Berechtigten begründet. Es stellt eine unmittelbare (nicht erst durch ein Schuldverhältnis vermittelte) Rechtsbeziehung zur Sache her, sei es als Vollrecht (Eigentum) oder als begrenztes Recht an der Sache. Die Kehrseite dieser Wirksamkeit ist die Verneinung einer fremden Sachherrschaft: Aussonderung. Wohl anerkennt das Gesetz aus Zweckmäßigkeitsgründen auch schuldrechtlichen Herausgabeansprüchen Aussonderungskraft zu, aus Billigkeitsgründen auch gewissen Verschaffungsansprüchen. Allein jene Herausgabeansprüche haben gerade darum, weil sie die Kernfrage der Vermögenszugehörigkeit ungelöst lassen, als Aussonderungsansprüche nur eine unvollkommene Kraft. Die regel-

---

[1]) Komm. zu DKO., fol. 746.

widrige Verstärkung der Verschaffungsansprüche aber gewährt keinen Aufschluß über das Wesen der Aussonderung. Sonach gibt es zwar auch nichtdingliche Rechte, die eine Aussonderung begründen, es gibt aber kein dingliches Recht, das solcher Wirksamkeit ermangelt. Der Konkurs bildet also einen Prüfstein der Dinglichkeit."

II. Aussonderungsverfahren.

Wie im zweiten Teil dieser Arbeit noch näher dargelegt wird, zerfällt das Aussonderungsverfahren in zwei Teile, nämlich in das administrative Verfahren mit der Aussonderungsverfügung der Konkursverwaltung nach Art. 242 Al. 1 SchKG. und in das gerichtliche Verfahren mit der Aussonderungsklage nach Art. 242 Al. 2 leg. cit. Die juristische Natur dieser Akte, insbesondere diejenige der Aussonderungsklage, ist stark umstritten und hat in der Doktrin starken Kontroversen gerufen, die lange Zeit auch bestanden hinsichtlich des analogen Widerspruchsverfahrens in der Pfändung (Art. 106—109 SchKG.) und hier wie dort einer übermäßigen praktischen Bedeutung entbehrten. Anlaß zu dieser verschiedenen Betrachtungsweise bietet unseres Erachtens vor allem die Frage nach der Einheit des Aussonderungsverfahrens, und zwar speziell die Frage, ob die Aussonderungsklage sich nur als ein Stadium des ganzen Verfahrens darstellt, d. h. also, ob sie von verfahrensrechtlichen oder von materiellrechtlichen Gesichtspunkten aus betrachtet werden muß.

1. Materiellrechtliche Theorie.

Hier wird das administrative und das gerichtliche Aussonderungsverfahren nicht als eine Einheit behandelt. Daß das erstere nur verfahrensrechtlichen Charakter hat und nur für das gerade schwebende Konkursverfahren von Bedeutung ist, wird selbstredend nicht bestritten. Dagegen liegen die Dinge anders hinsichtlich des gerichtlichen Verfahrens, der Aussonderungsklage nach Art. 242 Al. 2 SchKG. Nach dieser Theorie beruht

die Rechtsnatur der Klage nicht im Zwangsverwertungsrecht, sondern im materiellen Recht, d. h. es muß über den der Klage zugrunde liegenden Anspruch vorerst materiell geurteilt werden und wird bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils die angefochtene Sache nicht endgültig admassiert. Das Verfahren nimmt also einen selbständigen und vom Vollstreckungsverfahren unabhängigen Verlauf, wie etwa in der Aberkennungsklage nach Art. 83 SchKG.[2]). Je nach dem materiellen Recht selber, das hier in Frage steht, bestehen bezüglich dieser Klage verschiedene Auffassungen. C. Jaeger[3]), welcher die Aussonderungsklage begrifflich von der Widerspruchsklage nach Art. 107, die er als betreibungsrechtliche Feststellungsklage ansieht, trennt, behandelt die erstere als eigentliche Vindikationsklage, da sie auf Herausgabe des betreffenden Objektes an den Kläger gehe und durch das die Aussonderung anerkennende Urteil res judicata auch dem Gemeinschuldner gegenüber geschaffen werde, selbst für den Fall des Konkurswiderrufes.

Gleicher Auffassung scheint auch Reichel[4]) zu sein, der sie als eine Leistungsklage auf Herausgabe der Sache behandelt. Auf dem Boden der materiellrechtlichen Theorie steht ferners Reymond[5]), da auch nach ihm die Klage auf die Herausgabe des angesprochenen Objektes geht. Im Gegensatz zu der Meinung Jägers kann nach Reymond dagegen die Aussonderungsklage nicht mit der Vindikationsklage im Sinne von Art. 641 ZGB. identifiziert werden, da die erstere über die letztere hinausgeht und nach ihm nicht nur eine einzige Vindikationsklage gegeben ist, sondern mehrere Klagen, die je einen verschiedenen rechtlichen Charakter haben, wie z. B. die sachenrechtliche Klage des die Aussonderung begehrenden Eigentümers, die Klage des Vermieters, Verpächters, Verleihers etc., welche vorzüglich persönlicher Natur ist, ferner die gestützt auf Art. 109, 201 und 202

---

[2]) Vgl. Blumenstein, fol. 106.
[3]) Komm. Art. 242, N. 6.
[4]) Komm., Art. 242.
[5]) a.a.O., fol. 140 u. ff. Laß, fol. 156, faßt die Klage nach dem Inhalt des Anspruches auf als rei vindicatio, actio publiciana, actio confessoria, hereditatis petitio.

SchKG. erhobene Aussonderungsklage, die nun nicht mehr materiellrechtlichen sondern betreibungsrechtlichen Charakter hat und endlich die Klage auf Aussonderung einer Forderung, welche „de nature absolue" ist.

2. Betreibungsrechtliche Theorie.

Nach dieser Theorie bilden administratives und gerichtliches Aussonderungsverfahren eine Einheit. Insbesondere das letztere, die Aussonderungsklage, bildet nur ein Stadium des ganzen Verfahrens, ist an und für sich gleich wie das Widerspruchsverfahren nach Art. 106—109 ein Institut des Betreibungsrechtes und dient letzten Endes nur der Zwangsverwertung (Feststellung und Abgrenzung des Konkurssubstrates). Die Klage bezweckt also nur eine Feststellung, ob und in welchem Umfange ein von der Konkursverwaltung admassierter Gegenstand in die Konkursmasse einbezogen werden könne oder nicht. Die Frage nach dem materiellen Recht spielt also gegenüber dem Verfahrensmoment eine ganz untergeordnete Rolle.

Dieser Auffassung ist Blumenstein[6]). Das ganze Verfahren dient lediglich der Entscheidung der Frage, „ob der vom Dritten als Eigentum zur Aussonderung verlangte Gegenstand als Konkurssubstrat zu dienen hat oder nicht". Die Aussonderungsklage steht daher nach ihm auf der gleichen Stufe wie die Widerspruchsklage nach Art. 107 SchKG., d. h. sie ist eine „betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht". Blumenstein, der den Begriff dieser Klage speziell ausgebildet hat[7]), versteht darunter eine formell betreibungsrechtliche Klage; sie bezieht sich nur auf das Verfahren und bezweckt eine gerichtliche Feststellung darüber, ob, bzw. in welchem Umfang eine Sache in die Vollstreckung einbezogen werden kann. Nun aber kann nach seiner Auffassung die Frage, ob und inwieweit ein Gegenstand als Substrat der Vollstreckung dienen soll, rechtlich nicht gelöst werden, ohne daß der urteilende Richter

---

[6]) Handbuch, fol. 768.
[7]) Handbuch, fol. 107.

auch die Frage untersucht, ob und in welchem Umfange der betreffende Gegenstand zum Vermögen des Schuldners gehört und übt demgemäß der gefällte Entscheid einen entscheidenden Einfluß aus auf die praktische Ausgestaltung der in Betracht fallenden Rechtsverhältnisse (eine Sache, die als Substrat der Vollstreckung festgestellt wird, wird ihrem Ansprecher verloren gehen, da sie zur Verwertung gelangt). Diese Wirkung stellt sich als bloße Begleiterscheinung der betreibungsrechtlichen Entscheidung dar, welche als ungewollte Folge der letzteren eintritt (Reflexwirkung).

Gleicher Meinung ist Haab[8]), welcher feststellt, daß im Aussonderungsverfahren keine Vindikation vorliege, da es sich nicht um eine Eigentumsfeststellung handle. Unter Aufnahme der Blumensteinschen Lehre von betreibungsrechtlicher Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht stellt auch er fest, daß das Verfahren sich nur um die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens des eine Voraussetzung der Verwertung bildenden Beschlagsrechtes handle, also direkt mit dem materiellen Rechte nichts zu tun habe, woraus sich die Beschränkung der Rechtskraft auf die konkrete Vollstreckung ergebe. In gleicher Weise subsumiert auch Leemann[9]) die Aussonderungsklage weder unter die Eigentumsklage noch unter die Negatorienklage. Nach diesen Auffassungen hat also die Frage nach dem materiellen Recht, speziell die Frage nach dem Eigentumsrecht, wie Haab zutreffend bemerkt, immer nur die Bedeutung eines Präjudizialpunktes.

Dieser Auffassung ist unbedingt beizupflichten, da sich das Aussonderungsverfahren, gleich wie das Verfahren nach Art. 106—109 SchKG. als ein Institut des Zwangsvollstreckungsrechtes darstellt und nur unter diesem Gesichtspunkte behandelt werden kann[10]). Wir haben bereits oben dargetan, daß der Anspruch des Aussonderungsberechtigten auf Herausgabe eines

---

[8]) Komm., Art. 641, N. 47.

[9]) Komm., Art. 641, N. 47 u. 48.

[10]) nach F. Stein, a.a.O., fol. 16, findet im Zwangsvollstreckungsverfahren überhaupt keine Prüfung des privatrechtlichen Anspruches des Gläubigers statt, sondern nur eine solche des Titels.

bestimmten Objektes aus der Konkursmasse geht, damit dadurch die Wirkungen der Verwertung ferngehalten werden. Die auf die Verwirklichung dieses Anspruches gerichtete Tätigkeit des Dritten bezweckt daher nichts anderes als die Feststellung und Abgrenzung der Konkursmasse (allerdings nach der Richtung hin, daß ein bestimmtes Objekt nicht dazu gehöre) und tritt somit neben die in Art. 197 SchKG. implicite verankerte Offizialtätigkeit des Konkursamtes oder der Konkursverwaltung. Die Folge davon ist, daß nun das Konkursamt auf den Anstoß des Dritten hin auch seinerseits zur Feststellung des Konkurssubstrates schreitet und daher entweder die Herausgabe des angesprochenen Vermögenswertes einleitet oder die in Art. 242 SchKG. vorgesehene Verfügung trifft. Diese Verfügung, auf die im Abschnitt über das formelle Aussonderungsrecht noch näher eingetreten wird, stellt nur einen Befund der Konkursverwaltung dar, ob der vom Dritten angesprochene Gegenstand zur Konkursmasse zu ziehen sei oder nicht und ist daher auch unbestrittenermaßen betreibungsrechtlichen Charakters. Es ist nun nicht einzusehen, warum im darauffolgenden gerichtlichen Aussonderungsverfahren, der Klage nach Art. 242 Al. 2 SchKG. ipso facto ein anderer Klagegrund, für den gar kein Bedürfnis vorliegt, geschaffen werden soll, da doch, wie v. Völderndorff[11]) richtig feststellt, der Aussonderungsanspruch sich lediglich als eine Einwendung gegen die Zwangsvollstreckung darstellt.

Der Aussonderungsansprecher hat daher nicht vornehmlich zum Beweise der Begründetheit seines Aussonderungsanspruches unter allen Umständen den Eigentumsbeweis, wie er für den Vindikationsanspruch im Sinne von Art. 641 ZGB. verlangt wird, anzutreten, wie dies beispielsweise Reymond[12]) behauptet, sondern kann alle übrigen Tatsachen anführen, die geeignet sind, das Admassierungsrecht der Konkursverwaltung vor seinem Aussonderungsanspruch zurücktreten zu lassen. Schon rein praktische Erwägungen sprechen für diese Annahme, da die Klagefrist nur 10 Tage beträgt und der Ansprecher, wenn er unter allen Umständen den Eigentumsbeweis erbringen müßte, in eine

[11]) a.a.O. fol. 372.
[12]) a.a.O. fol. 151.

schwierige Lage kommen könnte, da er ja nicht Besitzer ist. Aber auch in jenem Falle, wo der Dritte im Rahmen der obigen Ausführungen u. a. das Eigentumsrecht dartun müßte, liegt keine Aenderung der Rechtsnatur der Klage vor. Sie bleibt eine formelle betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht. Reymond bemerkt ferner[13]), daß der Richter bei der Annahme einer betreibungsrechtlichen Klage nicht über die vom Ansprecher anbegehrte Herausgabe absprechen dürfte und daß folglich bei einem obsiegenden Urteil die betreffende Sache in die Verfügungsgewalt des Kridaren fallen würde, obwohl doch die Klage gerade auf die Herausgabe gehen müsse. Hiezu ist zu bemerken, daß der Dritte im Aussonderungsverfahren von der Konkursverwaltung in erster Linie nichts anderes verlangen kann, als daß sie hinsichtlich des angesprochenen Vermögenswertes Art. 197 SchKG. nicht zur Anwendung bringe und daher denselben nicht für die Befriedigung der Gläubiger verwerte. Die Herausgabe aus dem Massaverband ist daher nicht Klagefundament, sondern nur die F o l g e des durch den Richter anerkannten Aussonderungsrechtes, wie dies auch Rintelen[14]) ausführt, der das Wesen des Aussonderungsrechtes in einer Feststellung der Nichtzugehörigkeit des Aussonderungsobjektes zur Masse erblickt und hiezu bemerkt, daß regelmäßig, aber nicht wesentlich die Rückstellung der Sache gefordert werde.

Es berührt daher das Urteil, das sich auf den Massabestand bezieht, die materielle Seite des Eigentums nur als Reflexwirkung und ist daher nicht umgekehrt das erstere die notwendige Konsequenz des letzteren, wie Reymond behauptet, welcher übrigens selber zugeben muß, daß das Urteilsdispositiv sich auch nur auf die Frage nach dem Bestand der Masse beziehen könne, ohne die materielle Seite zu berühren. Reymond bemerkt dann weiter hiezu, daß eben jedes Urteil zwei Entscheidungen enthalte, eine direkte im Dispositiv und eine indirekte in den Motiven, was selbstredend diese Schwierigkeit nicht zu heben vermag.

---

[13]) a. a. O. fol. 152.
[14]) Handbuch, fol. 281.

§ 4. *Beziehungen zum Widerspruchsverfahren nach Art. 106 bis 109 SchKG.*

Die Gefahr, daß dem Schuldner nicht gehörende Sachen zugunsten der Gläubiger verwertet werden, besteht nicht nur im Konkurs-, sondern auch im Pfändungsverfahren, weshalb auch hier dem Dritteigentümer die Möglichkeit einer Abwehr der Verwertungsmaßnahmen gewährt werden muß. Dieser Zweck wird erreicht durch das sog. Widerspruchsverfahren nach Art. 106—109 SchKG., das einen andern Ausgang nimmt, je nachdem die angesprochene Sache im Gewahrsam des Schuldners oder des Dritten selber sich befindet und je nachdem hieran ein Eigentums- oder ein Pfandrecht geltend gemacht wird.

Bei der Prätention des Eigentums- oder eines andern die Veräußerung hindernden Rechtes erhebt der Drittansprecher Einspruch gegen die erfolgte Pfändung und widersetzt sich deren Vollstreckung; er macht damit seinen Anspruch auf Wiederaufhebung der Pfändung und auf Freigabe der Sache geltend. Stößt sein Einspruch auf Widerstand, so hat er nach Art. 107 Abs. 1 durch die Widerspruchsklage sein Recht zur Anerkennung zu bringen, wobei ein obsiegendes Urteil die Aufhebung der Pfändung zur Folge hat. Hat der Dritte aber selber den Gewahrsam an der angesprochenen Sache, so ist nicht ihm, sondern dem bestreitenden Gläubiger nach Art. 109 die Klägerrolle zuzuweisen. Andere Rechte Dritter, namentlich das Pfandrecht, geben dem Dritten kein Widerspruchsrecht gegen die Pfändung, dafür aber das Recht, zur Wahrung seiner Interessen dem Vollstrekkungsverfahren beizutreten und als Beteiligter mitzuwirken. Der Dritte macht also in diesem Falle nicht ein Widerspruchsrecht, sondern ein Teilnahmerecht[1]) geltend und kann vermöge dessen sein Drittrecht im Vollstreckungsverfahren zur Geltung bringen, während er sonst vor der Geltendmachung der Forderung durch den betreibenden Gläubiger unterliegen müßte[2]).

---

[1]) E. Huber, Zur Natur der Klagen aus Art. 106/109 SchKG. ZbJV. Bd. 43, fol. 587.

[2]) Bezüglich Klägerrolle im Prozesse gilt die gleiche Regelung wie im Widerspruchsverfahren in engerem Sinne.

Bei einer Gegenüberstellung des Widerspruchsverfahrens nach Art. 106—109 in der Pfändung mit dem Aussonderungsverfahren nach Art. 242 im Konkurs fällt besonders die gesonderte Stellung des Pfandrechtes auf. Während dasselbe, wie soeben dargelegt, Gegenstand des Widerspruchsverfahrens (durch Behauptung eines Mitvollstreckungsrechtes des Teilnehmenden oder event. des Fortbestandes des Drittrechtes[3]) zu sein vermag, so ist bezüglich des Aussonderungsverfahrens zu sagen, daß Pfandrechte niemals eine Aussonderung zu begründen vermögen, da Vermögenswerte, an denen Pfandrechte haften, nach Art. 118 SchKG. unter Vorbehalt des den Pfandgläubigern gesicherten Vorzugsrechtes, zur Konkursmasse gezogen werden. Im übrigen haben aber Widerspruchsverfahren und Aussonderungsverfahren in ihrem Geltungsbereiche das gleiche Ziel; in beiden Fällen verlangt der Drittansprecher Freigabe des von ihm angesprochenen Gegenstandes aus der, der Gläubigerbefriedigung dienenden vollstreckungsrechtlichen Verfangenheit[4]). Es ist denn auch bei beiden Verfahren die rechtliche Natur dieselbe[5]), denn beides sind rein betreibungsrechtliche Institute und haben einen verfahrensrechtlichen Charakter. Es ist daher die Widerspruchsklage so wenig wie die Aussonderungsklage eine materiellrechtliche Klage. Die Rechtsnatur der ersteren war zwar lange Zeit umstritten, besonders in der älteren Judikatur des Bundesgerichtes[6]), wie in der Doktrin des deutschen Konkursrechtes[7]). Heute halten mit dem Bundesgericht die mei-

---

[3]) E. Huber, a.a.O., fol. 589.

[4]) Vgl. hiezu Reichel, ZbJV. fol. 221 u. 231; Reichel will sogar die Bezeichnung „Aussonderungsklage" nicht nur der Klage nach Art. 242, sondern auch derjenigen nach Art. 107 und 109 beilegen, weil in beiden Exekutionsarten der Einspruch Dritter auf derselben Grundlage beruhe.

[5]) F. Stein-Junker, Grundriß, fol. 426.

[6]) C. Jaeger, Komm., Art. 107.

[7]) Ueber die Kontroverse, die sich im Anschluß an § 690 der deutschen Reichszivilprozeßordnung über die Natur der Widerspruchsklage erhoben hat, vgl. die Ausführungen von Pedrazzini, fol. 57 u. ff. Für Behandlung als materiellrechtliche Klage namentlich Hellmann, Lehrbuch des Civilprozeßrechtes, Georg Frommhold, Widerspruchsklage,

sten Autoren dafür, daß die juristische Natur nicht im materiellen, sondern ausschließlich im Betreibungsrecht liege, so namentlich Blumenstein (betreibungsrechtliche Streitigkeit mit Reflexwirkung auf das materielle Recht)[8]) und C. Jaeger[9]), im Gegensatz zu Pedrazzini[10]), nach welchem sich die Widerspruchsklage bald der rei vindicatio, bald der negatoria und bald der confessoria nähert, je nach dem Inhalt des ihr zugrunde liegenden materiellen Rechtes, oder Peter[11]), der sie als positive Feststellungsklage, d. h. Klage auf Feststellung des Bestehens des behaupteten dinglichen Rechtes, ansieht[12]).

Die Verschiedenheiten zeigen sich dagegen in formellrechtlicher Hinsicht, im Verfahren, das der Geltendmachung des Drittanspruches dient. Diese gesonderte Behandlung ist in der Verschiedenheit sowohl des Pfändungs- und des Konkursverfah-

---

fol. 222; auf dem Standpunkt der prozeßrechtlichen Klage dagegen stehen u. a. Wach, Der Feststellungsanspruch, und bes. v. Schrutka-Rechtenstamm, a.a.O. Bd. II, fol. 47 u. ff., der hierin nur ein administratives Beschwerdeverfahren sieht.

[8]) Handbuch, fol. 391.

[9]) Komm. Art. 107, Wagner, fol. 21.

[10]) a.a.O., fol. 85.

[11]) a.a.O., fol. 384.

[12]) Schon das römische Recht, das in seiner Spezialexekution, der pignus in causa judicati captum, eine Art Widerspruchsklage in der controversia pignoris capti der l. 15 § 4 D. de re judicata et de effectu sententiarum, kannte, behandelte dieselbe rein prozeßrechtlich. Wenn ein Dritter sich der Exekution mit einem Begehren auf Herausgabe widersetzt, hat die Behörde, welche die Pfändung verfügte, im summarischen Verfahren zwischen Gläubiger und Dritten über die Begründetheit des Einspruches zu entscheiden. Das Urteil erstreckt sich aber nicht auf die materiellen Rechtsbeziehungen, sondern entscheidet nur über Aufhebung oder Fortsetzung der Betreibung, d. h. es wird nicht definitiv über den Eigentumsanspruch des Dritten entschieden, wohl aber die Beschlagnahme des gepfändeten Gegenstandes aufgehoben; vgl. Frommhold a.a.O., fol. 7 ff; v. Schrutka-Rechtenstamm, a.a.O., fol. 17; vide auch Pedrazzini, Widerspruchsklage, fol. 68 u. ff.
Wie v. Schrutka-Rechtenstamm, I. Bd., fol. 51 u. ff. darlegt, entwikkelte sich in der italienischen Doktrin des Mittelalters die controversia pignoris capti zu einem summarischen Exscindierungsverfahren, das sich dann zu einer bloßen Sistierungsverfügung gegenüber der Exekution verflüchtigte.

rens, als auch in der Stellung des Betreibungsbeamten und der Konkursverwaltung begründet. Während es im Pfändungsverfahren den Beteiligten überlassen wird, ob sie die geltend gemachten Drittansprüche anerkennen oder bestreiten bzw. einklagen wollen und während dem Betreibungsbeamten hier lediglich die Leitung des bezüglichen Avisierungs- und Provokationsverfahrens, dabei allerdings auch die Verfügung über die Zuweisung der Klägerrolle, zusteht, hat im Konkursverfahren die Konkursverwaltung hinsichtlich der Ansprüche Dritter auf Massagegenstände an Stelle der Gläubiger und des Schuldners eine materielle Prüfung vorzunehmen und je nachdem die betreffende Sache dem Drittansprecher herauszugeben oder ihm eine Frist zur Klage anzusetzen. Art. 106, 107 u. 109 SchKG. finden daher im Aussonderungsverfahren keine Anwendung; die Konkursververwaltung hat einzig nach Art. 242 SchKG. vorzugehen und dem Dritten die Klägerrolle zuzuweisen, wenn sie im Gewahrsam der angesprochenen Sache ist. Ist letztere aber im Gewahrsam des Drittansprechers selber, so kann nicht das Verfahren von Art. 109 zur Anwendung kommen, sondern die Konkursverwaltung hat gegen den Dritten an seinem Gerichtsstand selber klagend aufzutreten[13]).

[13]) Vgl. BGE. Bd. 24 I, Nr. 74; Bd. 32 I, fol. 231.

2. Abschnitt

Objekt der Aussonderung.

§ 5. Eigenschaften des Objektes.

I. Der Sachbegriff des Art. 242 SchKG.

Der Aussonderungsanspruch läßt sich nur dann durchsetzen, wenn neben einem hinreichenden Aussonderungsgrund auch ein zur Aussonderung geeignetes Objekt gegeben ist. Dasselbe bedarf daher zunächst einer Abgrenzung in rein substantieller Hinsicht.

Art. 242 SchKG. spricht über die Herausgabe von „Sachen", die von einem Dritten als Eigentum angesprochen werden. In analoger Weise gebrauchen auch die Art. 106 und 109 die Bezeichnung „Sache" als Gegenstand des Widerspruchsverfahrens bei der Pfändung. Pedrazzini[1]) vertritt hiezu die Ansicht, daß niemals die Sache an sich, als körperlicher Gegenstand, Objekt der Zwangsvollstreckung zu sein vermöge, sondern vielmehr die Rechte des Schuldners an dieser Sache, da an der Sache selbst eine Zwangsübung gar nicht möglich sei; eine solche sei nur an dem rechtlichen Verhältnis des Schuldners zur Sache gegeben. Unter dem Begriff „Sache" verstehe das Betreibungsgesetz daher nicht sowohl Sachen, als vielmehr Rechte an Sachen. Nach dieser Auffassung würde der Ausdruck „Sachen" nicht körperliche, sondern unkörperliche Vermögensobjekte in sich schließen.

Demgegenüber bemerkt Peter[2]) u. E. mit Recht, daß man Eigentum und Sache identifizieren könne, da ersteres die Vollherrschaft über die letztere gewähre, was bei beschränkten Rechten nicht der Fall sei. Würde daher unter Sache bloß das Recht an der körperlichen Sache zu verstehen sein, so würde demnach

---

[1]) Die Widerspruchsklage, fol. 24.
[2]) a.a.O., fol. 375.

nur das Eigentumsrecht an der körperlichen Sache darunter fallen, nicht aber beschränkte Rechte, während doch der Zweck dieser Bestimmungen verlange, daß sie auch auf Rechte zur Anwendung kommen, sobald diese nicht nur Beziehungen zwischen bestimmten Personen schaffen, sondern eine Herrschaft jedem Dritten gegenüber gewähren.

Dieser Begriff „Sache" ist auch in Beziehung zu setzen zum Begriff der Sache als dem Objekt des privatrechtlichen Sachenrechtes. Nun kennt allerdings unser Zivilrecht in seinem IV. Teil, im Gegensatz zu einigen früheren kantonalen Privatrechtsgesetzbüchern und auch zum heutigen BGB. keine allgemeinen Darstellungen und Lehren über den Begriff der „Sache". Nach herrschender Auffassung[3]) beschränkt sich jedoch das Sachenrecht im Prinzip auf die Normierung der Rechtsverhältnisse an körperlichen Gegenständen, als der rechtlichen Herrschaft unterwerfbare und abgrenzbare Naturkörper. Die Bedürfnisse des geschäftlichen Lebens und die herrschende Verkehrsauffassung haben diesen Begriff aber erweitert und ausgedehnt auf unkörperliche Vermögenswerte[4]). Wie Leemann[5]) bemerkt, liegt der Grund zu dieser analogen Behandlung darin, daß das Sachenrecht nicht so sehr durch die Sacheigenschaft der Objekte, als vielmehr durch die absolute Wirkung dieser Rechtsverhältnisse charakterisiert wird.

Dieser erweiterte Sachbegriff gilt nun auch für „Sache" nach Art. 242 SchKG. als Objekt des Aussonderungsrechtes. In diesem Sinne anerkennt Blumenstein den Begriff Sache für das Widerspruchsverfahren nach Art. 106 und 109 SchKG.[6]), indem er neben den körperlichen Sachen auch Forderungen und Rechte miteinbezieht. Dagegen erklärt er das Widerspruchsverfahren nach Art. 242 SchKG. immer nur hinsichtlich körperlicher

---

[3]) Vgl. Leemann, Komm., 1. Abt., fol. 2.

[4]) Die Unterstellung unkörperlicher Sachen unter den Begriff „Sache" ist zwar in der Doktrin bestritten, vgl. Regelsberger, Pandekten I, fol. 366, Gierke, Deutsches Privatrecht I, fol. 272; vgl. auch Haab, Komm., fol. 19, N. 40 ff.

[5]) a.a.O., fol. 2.

[6]) Handbuch, fol. 384.

Gegenstände, niemals dagegen mit Bezug auf Forderungen und Rechte anwendbar[7]). Diese Umschreibung des Aussonderungsobjektes ist offenbar zu eng. Der Begriff desselben hängt sicherlich zusammen mit dem Begriff des Massaobjektes. Denn gleichwie die Gefahr besteht, daß Dritten zustehende Vermögenswerte, und zwar nicht nur körperliche Sachen, sondern auch Rechte in den Masseverband einbezogen werden, so muß anderseits die Möglichkeit einer Aussonderung nicht nur hinsichtlich der körperlichen Sachen, sondern auch bestimmter Rechte (wie Patentrechte, Dienstbarkeiten) gegeben sein, auch wenn dies gegenüber den letzteren praktisch nicht in dem Umfange geltend gemacht werden dürfte wie gegenüber körperlichen Sachen.

In diesem Sinne gebraucht nach E. Jaeger[8]), die Deutsche Konkursordnung den erweiterten Sachbegriff für die Bezeichnung des Aussonderungsobjektes, indem sie in § 43 nicht die Bezeichnung „Sache", sondern „Gegenstand" verwendet, die nicht nur körperliche, sondern auch unkörperliche Rechtsgüter in sich begreife. E. Jaeger erwähnt hier speziell Sachen und Rechte, wie Forderungsrechte, begrenzte dingliche Rechte, Patentrechte[9]). Nach v. Wilmowski[10]) kann Gegenstand der Aussonderung alles sein, was sich in der Masse befindet.

II. Die Aussonderung von körperlichen Sachen.

Da bei der Inventaraufnahme nach erfolgter Konkurseröffnung vor allem auf die Admassierung körperlicher Sachen, weil diese im Gegensatz zu den unkörperlichen Rechten am augenfälligsten als Massegegenstände erscheinen, Gewicht gelegt wird, dürften sich die Aussonderungsansprüche in erster Linie auf Ver-

---

[7]) Handbuch, fol. 764.

[8]) Komm. fol. 743.

[9]) In diesem Sinne auch v. Völderndorff a.a.O., fol. 372, Sieburg, fol. 6, Endemann, a.a.O., fol. 341, E. Jaeger, Konkursrecht, fol. 69.

[10]) v. Wilmowski, a.a.O., fol. 197. Vgl. hiezu auch Sohm, Der Gegenstand, 1905; derselbe, in Archiv f. Bürgerl. Recht, Bd. 28, fol. 173; H. v. Häfen, § 3, versteht darunter alle Vermögensgegenstände, die überhaupt Objekt eines Verfügungsgeschäftes sein können.

mögenswerte dieser Art beziehen. Wie von Sarwey-Bossert[11]) und E. Jaeger[12]) richtig bemerken, kann hier der Aussonderungsanspruch nur auf eine individuell bestimmte Sache gehen. Es wird sich daher vor allem um eine Speziessache handeln müssen, die unterscheidbar sich im Massevermögen befindet.

Schwieriger gestaltet sich die Aussonderung fungibler Sachen, also solcher, welche sich durch andere Sachen gleicher Art ersetzen lassen und nur der Gattung nach bestimmt sind. Hier besteht die Gefahr, daß durch Vermischung oder Vermengung mit gleichartigen Objekten des Schuldners ein Eigentumswechsel stattfindet und dieselben dadurch ins Eigentum des Schuldners übergehen, wodurch sie zu Masseobjekten werden. Unter diesen Voraussetzungen geht natürlich das Aussonderungsrecht unter und besteht für den Berechtigten nur noch eine Konkursforderung. Ein Aussonderungsanspruch ist demnach nur gegeben, wenn sie sich unterscheidbar beim Schuldner befinden[13]), aber nicht etwa dann, wenn sie erst noch vom übrigen Vermögen des Schuldners ausgeschieden werden müssen. Von Völderndorff[14]) sieht daher eine Aussonderung vertretbarer Sachen dann gegeben, wenn und soweit sie überhaupt Gegenstand der Eigentumsklage zu sein vermögen. Maßgebend ist also naturgemäß immer die Eigentumslage[15]).

Diese Normen haben besondere Bedeutung bezüglich der Aussonderung von Geld. Es lassen sich daher sowohl Münzen wie Banknoten nur dann aussondern, wenn sie sich vollständig getrennt vom übrigen Geldbestand des Schuldners, in den vollständig gleichen Geldstücken und Noten, vorfinden; es darf sich also nicht um eine Geldsummen- oder Geldsortenschuld, sondern nur noch um eine Geldsachenschuld handeln. Nach einem Entscheid des Bundesgerichtes[16]) ist eine Aussonderungsmöglichkeit von Geld trotz Vermischung mit dem übrigen Barvermögen

---

[11]) a.a.O. fol. 196.
[12]) Komm. z. DKO. fol. 744.
[13]) Sieburg, a.a.O., fol. 7.
[14]) Konkursordnung, fol. 373.
[15]) Vgl. Sieburg, a.a.O., fol. 7.
[16]) Bd. 53 III, fol. 90.

der Masse in jenem Falle gegeben, wo der Konkursbeamte Gegenstände verkauft oder Guthaben eingezogen hat, die nicht zur Konkursmasse gehören, sowie im Falle antizipierter bedingter Zahlung einer bestrittenen Schuld seitens des nachmaligen Schuldners durch Hinterlegung einer Geldsumme, sofern diese zu Unrecht an die Masse zurückerstattet worden ist[17]).

Dagegen ist eine Aussonderung von Genussachen ausgeschlossen im Falle des Art. 201 Abs. 3 ZGB., hinsichtlich der unter dem Güterstande der Güterverbindung lebenden Ehefrau. In Abänderung der Bestimmung des Art. 195 Abs. 1 ZGB. wird hier bestimmt, daß Bargeld, andere vertretbare Sachen und Inhaberpapiere, die nur der Gattung nach bestimmt worden sind, in das Eigentum des Ehemannes übergehen sollen. Der Grund zu dieser Bestimmung liegt in den Bedürfnissen des praktischen Lebens, da der Ehemann in der Ausübung seines Verwaltungsrechtes diese Fungibilien mit seinem eigenen Vermögen vermischen wird, wodurch eo ipso eine Aenderung in den Eigentumsverhältnissen erfolgt. Die Ehefrau verliert damit ihr Eigentum an diesen Vermögenswerten und kann daher auch nicht im Konkurs des Mannes einen Aussonderungsanspruch geltend machen, auch wenn sie dies ausdrücklich vorbehalten hätte[18]). Es gilt also für diese Werte die Bestimmung über die Gütereinheit (Art. 199 ZGB.), und zwar erfolgt der Eigentumsübergang nicht durch Tradition, sondern mit dem Momente der Einbringung (Art. 194 u. 195 ZGB.). Dagegen bleibt das Aussonderungsrecht der Ehefrau bestehen hinsichtlich solcher Inhaberpapiere, die nicht einfach nur der Gattung und dem Werte nach, sondern individualisiert eingebracht werden[19]). Hier gilt nicht mehr Art. 201 Al. 3 ZGB., sondern die Regel von Art. 195 Al. 1 ZGB. und behält damit die Ehefrau ihr Eigentumsrecht. Diese Individualisierung kann dadurch erfolgen, daß diese Papiere bei ihrer Einbringung oder Besitzübergabe oder beim Inventar nach Art. 197 nach ihren Nummern aufgeführt werden, oder wenn sie auf den Na-

---

17) Vgl. auch BGE., Bd. 42 III, 360.

18) Vgl. M. Gmür, Komm. Art. 201, N. 24, Egger, Komm. Art. 201, N. 10. H. Saxer, a.a.O., fol. 23.

19) H. Saxer, fol. 23.

men der Frau in einem offenen Depot bei einer Bank liegen[20]). Entscheidend für die Deklaration eines Inhaberpapieres als nicht vertretbare Sache ist also nicht mehr die Verkehrsauffassung, sondern der Wille der Ehegatten spez. der Ehefrau, der aber genügend dokumentiert sein muß. Dies dürfte namentlich im Konkurse des Mannes von Bedeutung sein, wenn die Gläubiger solche Werte zur Masse ziehen wollen.

Eine nicht unwesentliche Rolle spielt oft auch die Aussonderung einer Sachgesamtheit, worunter nach Haab[21]) eine Mehrheit von Einzelsachen zu verstehen ist, die zufolge ihrer gemeinsamen wirtschaftlichen Bestimmung für den Verkehr eine Einheit darstellen und unter sich im Verhältnis der Koordination stehen. Eine Sachgesamtheit kann nur dann Objekt eines Aussonderungsanspruches sein, wenn sie nach dem geltenden Zivilrecht den Gegenstand eines Rechtes zu bilden vermag[22]). In dieser Hinsicht ist zu bemerken, daß die Sachgesamtheit dogmengeschichtlich sehr umstritten[23]) ist, da sie nach deutschrechtlicher Auffassung als Ganzes zur Sache und damit zum Objekt des Sachenrechtes erhoben wird, was von den Romanisten nicht anerkannt wird. Nach positivem Recht dagegen vermag die Sachgesamtheit keine sachenrechtliche Einheit zu bilden[24]) und zwar nach Haab[25]) mit dem Hinweis darauf, daß die Zugehör vom modernen Rechte als selbständige Sache angesehen wird, obwohl sie zur Hauptsache in einem viel engeren Verhältnis steht, als es zwischen den zu einer Sachgesamtheit gehörenden Sachen gegeben ist. Die Sachgesamtheit als solche kann daher nicht Gegenstand eines Aussonderungsanspruches sein, derselbe hat vielmehr auf die die Sachgesamtheit bildenden Einzelsachen Bezug zu nehmen, was speziell wichtig ist bei der Aussonderung eines Warenlagers oder des Hotelinventars. In diesem Sinne

---

[20]) Vgl. Egger, Komm., Art. 201, N. 13.
[21]) Komm., fol. 18.
[22]) Leemann, Komm. Art. 641, N. 5.
[23]) Vgl. die Ausführungen bei Haab, fol. 18.
[24]) Leemann, Komm., fol. 3, N. 7.
[25]) Komm., fol. 19.

kann auch nach E. Jaeger[26]) ein Sachinbegriff nur als eine Mehrheit im einzelnen zu bestimmender Stücke ausgesondert werden.

Das Aussonderungsrecht erfaßt mit der Hauptsache auch deren Bestandteile, Art. 642 ZGB., da dieselben nicht Gegenstand irgendwelcher dinglicher Sonderrechte sein können. Dagegen kann Art. 242 SchKG. nicht mehr Anwendung finden auf eine Sache, die später Bestandteil einer andern (Haupt-) Sache wird, selbst wenn dieselbe unter Eigentumsvorbehalt veräußert worden wäre.

Wie die Bestandteile werden mit der Aussonderung einer (Stamm-) Sache auch die noch ungetrennten Früchte erfaßt. Hinsichtlich getrennter Früchte besteht ein Aussonderungsrecht zu Gunsten des Nutznießers und Pächters, da diese einen dinglichen Anspruch auf Abtrennung der während der Dauer der Nutznießung, resp. Pacht reif gewordenen Früchte haben, im Gegensatz zum Anriesberechtigten, der die Früchte erst mit der Perception und nicht schon mit der Trennung zu Eigentum erwirbt.

Mit der Hauptsache erfaßt das Aussonderungsrecht auch die Zugehör, sofern dieselbe nicht durch rechtsgeschäftliche Verfügungen dem Besitzer der Hauptsache entzogen ist, Art. 644 Abs. 1 ZGB. (Die Abklärung der Frage, ob Fahrnisgegenstände Zugehör zur Liegenschaft darstellen, hat im Kollokationsverfahren zu erfolgen).

III. Die Aussonderung von Dienstbarkeiten und Rechten.

In der Literatur zum deutschen Konkursrecht, namentlich bei von Völderndorff[27]) und von Sarwey-Bossert[28]) werden unter den Gegenständen des Aussonderungsrechtes häufig auch

---

[26]) Komm., fol. 744; teilweise anderer Meinung Sieburg, a.a.O., fol. 7 hinsichtlich derjenigen Sachgesamtheiten, bei denen ein Wechsel in den Einzelsachen stattfindet, ohne daß die Gesamtheit dadurch berührt wird.

[27]) a.a.O. fol. 375.

[28]) a.a.O. fol. 197, ebenso auch Laß, fol. 156.

dingliche Rechte am Eigentum des Schuldners, welche ein Dritter für sich in Anspruch nimmt, wie Nutznießung, von Dritten als Besitzer des herrschenden Grundstückes in Anspruch genommene Grunddienstbarkeiten etc. erwähnt. Auch E. Jaeger[29]) sieht die Klage auf Feststellung einer vom Verwalter bestrittenen Grunddienstbarkeit an einer Liegenschaft der Masse als Aussonderungsklage an und begründet diesen Standpunkt damit, daß der belastende Gegenstand, soweit die dingliche Belastung reicht, dem Schuldner nicht gehört. Insoweit werde er der Konkursmasse infolge Durchsetzung des Rechtes gegenüber dem die Belastung bestreitenden Konkursverwalter entzogen, was einer Abwehr einer Inanspruchnahme für die Masse gleichkomme. Diesen Ausführungen kann für unser SchKG. nicht beigepflichtet werden, denn Rechtsstreitigkeiten über Bestand, Umfang und Rang dinglicher Rechte an Massaobjekten werden nicht im Aussonderungsverfahren nach Art. 242 SchKG., sondern im Kollokationsverfahren nach Art. 244 u. ff. entschieden. Gemäß Vorschrift von Art. 125 der VZG. wird hiefür vom Konkursamt zur Feststellung der auf dem Grundstück haftenden beschränkten dinglichen Rechte (Pfandrechte, Dienstbarkeiten und Grundlasten, Vormerkungen und Anmerkungen) ein besonderes Verzeichnis, das sog. Lastenverzeichnis angelegt, das alle auf den einzelnen Grundstücken haftenden Verbindlichkeiten enthält, soweit sie nicht von Gesetzes wegen bestehen. Dieses Lastenverzeichnis bildet nun einen Bestandteil des Kollokationsplanes und ist damit auch den vom Gesetze für diesen aufgestellten Rechtswirkungen unterworfen.

Wie verhält es sich nun aber mit der Aussonderungsmöglichkeit von Dienstbarkeiten, die von der Masse beansprucht werden zu Lasten eines Drittverpflichteten? Eine Aussonderung ist hier nur gegeben, wenn der betreffende Anspruch frei übertragbar ist, wie beim Baurecht und Quellenrecht, Art. 779 & 780 ZGB. Eine zugunsten eines in der Masse befindlichen Grundstückes im Grundbuch eingetragene Grund-Dienstbarkeit an einem fremden Grundstück dagegen kann unmöglich Gegenstand

---

[29]) Komm., fol. 744.

der Aussonderung sein, da hier eine Uebertragung durch den Gemeinschuldner auf einen Dritten wirkungslos ist. Zur Aussonderung geeignet ist die irreg. Personaldienstbarkeit des Art. 781 ZGB., wenn und soweit durch Vereinbarung Uebertragbarkeit festgelegt wurde. Im Unterschied zur Personalgrundlast braucht hier der Erwerber im Grundbuch nicht eingetragen zu werden[30]). Es wäre also denkbar, daß, zufolge eines auf den Gemeinschuldner lautenden Grundbucheintrages, im Konkursinventar ein übertragbares Nutzungsrecht an einem fremden Grundstück aufgenommen worden wäre, welches schon vor Konkursausbruch in rechtsgültiger Weise vom Schuldner auf einen Dritten übertragen wurde. Dieser Dritterwerber wäre demnach zur Aussonderung berechtigt. Ein Ausschluß des Aussonderungsrechtes analog wie bei der Forderung (vergl. Ziff. IV hernach) scheint uns nicht gegeben, weil die Masse sich auf den zu Gunsten des Schuldners lautenden Grundbucheintrag berufen kann und daher den (Rechts-) Besitz, resp. den Gewahrsam beansprucht. Beim Fehlen des Grundbucheintrages könnte natürlich Art. 242 SchKG. nicht angewendet werden, ebenso nicht bei einer Verselbständigung dieser Dienstbarkeit, da sie damit den Normen des Grundstückverkehres unterworfen würde[31]).

IV. Die Aussonderung von Forderungen und Wertpapieren.

Nicht so einfach wie die Aussonderung von Objekten des eigentlichen Sacheigentums gestaltet sich die Aussonderung von Forderungen, speziell weil hier Besitz- und Gewahrsamsverhältnisse nicht in gleicher Weise gegeben sind, wie bei körperlichen Sachen. Zudem dürfte bei Forderungen ein Aussonderungsanspruch verhältnismäßig seltener in Frage kommen, weil Recht und tatsächliche Ausübung desselben nur ausnahmsweise getrennt in Erscheinung treten[32]). Die Aussonderungsmöglichkeit von Forderungen ist in Doktrin und Praxis sehr umstritten. Blu-

---

[30]) Leemann, Komm. Art. 781 N. 53.
[31]) Haab, Komm. Art. 655, N. 16.
[32]) v. Sarwey-Bossert, a.a.O., fol. 196.

menstein[33]) lehnt ein Widerspruchsverfahren nach Art. 242 SchKG. hinsichtlich Forderungen ab, weil hier der Gewahrsam als Grundlage des Aussonderungsrechtes nicht gegeben sei und anderseits der Drittansprecher, wenn er wirklich Gläubiger sei, seine Forderung jederzeit direkt gegen den Drittschuldner geltend machen könne und sich hiezu nicht an die Konkursverwaltung zu wenden habe. Der Drittschuldner aber brauche in einem Streit um den Anspruch die Leistung nur zu deponieren, worauf die Forderung im ordentlichen Prozeßwege einzuklagen sei. Demgegenüber anerkennt C. Jäger[34]) ein Aussonderungsverfahren auch bezüglich Forderungen, nicht nur weil die Praxis im Pfändungsverfahren ähnlich entschieden habe, sondern auch, weil nicht einzusehen sei, weshalb die Masse, wenn sie den Gewahrsam an der Forderung habe, den Drittansprecher nicht zur Klageanhebung verhalten und seine Inaktivität nicht zu ihren Gunsten auslegen könne.

Die gleichen Kontroversen bestanden lange Zeit analog auch hinsichtlich des Widerspruchsverfahrens in der Pfändung nach Art. 106 u. 109 SchKG., wo die frühere Praxis des Bundesgerichtes die Ausdehnung des Begriffes „Sache" auf Forderungen ablehnte, weil der nach Art. 106 u. 109 verlangte Gewahrsam nicht gegeben sei[35]). In BGE. 29 I 121 hat das Bundesgericht diese Praxis dann verlassen und das Verfahren nach Art. 106 u. 109 SchKG. auch auf gepfändete Forderungen anwendbar erklärt, wenn streitig ist, ob dieselben dem Gemeinschuldner oder einem Drittansprecher zustehen, sowie namentlich auch dann,

---

[33]) Handbuch, fol. 764; gegen die Zulassung von Forderungen auch Reymond, fol. 53, v. Völderndorff, fol. 375.

[34]) C. Jaeger, Komm., Art. 242, N. 3; vgl. ferner ZbJV. I, Nr. 144 und 167. Für Zulassung auch Laß, fol. 156, Endemann, fol. 4, Seuffert, fol. 93, Archiv f. zivilist. Praxis 53, fol. 484, von Sarwey-Bossert, fol. 313, E. Jaeger, Komm. fol. 741.

[35]) Gegen die Zulassung von Forderungen im Widerspruchsverfahren auch Archiv, Bd. I No. 57 und 89, Pedrazzini, fol. 22 & ff., ferner ZbJV. Bd. 48 fol. 583, mit der u. E. unzutreffenden Bemerkung, daß hier aus dem Ablauf gesetzl. Fristen keine Schwierigkeiten zu befürchten wären.

wenn Pfandrechte eines Dritten an der gepfändeten Forderung in Frage stehen[36]).

Gegenüber dem Aussonderungsverfahren nach Art. 242 SchKG. ist hier zu bemerken, daß im Widerspruchsverfahren nach Art. 106 u. ff. SchKG. ein Ausschluß der Pfändbarkeit wegen Geltendmachung eines Pfandrechtes am betr. Pfändungsgegenstand durch einen Dritten, in Frage stehen kann, was bezüglich Admassierung im Konkurs zufolge dem, eine Absonderung ausschließenden Art. 198 SchKG. nicht gegeben ist. Aber auch außer dieser Besonderheit sieht Blumenstein[37]) in der Pfändung das Widerspruchsverfahren auch da als anwendbar, wo der Dritte behauptet, selbst Gläubiger der betreffenden Forderung zu sein, weil es sonst kein Mittel gebe, die Vollstreckung mit Bezug auf diesen Gegenstand zu hemmen und die Rechtsverhältnisse dann gerichtlich feststellen zu lassen.

Das Bundesgericht lehnte die Aussonderungsmöglichkeit von Forderungen im Verfahren nach Art. 242 SchKG. anfänglich in BGE 28 II fol. 144 ab, erklärte dann später in Bd. 39 I fol. 131, Bd. 41 III fol. 229 und Bd. 44 III fol. 164 Art. 242 SchKG. auch auf Forderungen anwendbar. In einem neuesten Entscheid in Bd. 70 III fol. 34 wird diese Praxis wieder aufgegeben mit der Begründung, daß es der Masse frei stehe, die Verwertung eines Guthabens bis zum Entscheid über das Recht daran zu verschieben. Es stehe ihr nichts im Wege, direkt gegen den Drittansprecher vorzugehen, um das Recht des Kridaren am Guthaben anerkennen zu lassen, was dem Pfändungsgläubiger nicht zustehe. Es sei darum nicht einzusehen, warum die Masse den Drittansprecher zwingen könnte, unter einer Verzichts-Androhung innert bestimmter Frist Klage zu erheben. Wenn sich letzteres rechtfertige bei einem körperlichen Gegenstand und die Masse dessen Besitz nicht ohne Urteil aufgeben wolle, so treffe dies nicht zu, wenn der Dritte behaupten könne, daß er und nicht der Schuldner Gläubiger des betreffenden Gutnabens sei. Nicht nur handle es sich dann nicht mehr um eine Besitzesaufgabe, son-

---

[36]) C. Jaeger, Komm., Art. 106 N. 3.

[37]) Handbuch, fol. 384.

dern die Masse befinde sich in der gleichen Lage, in der sich der Schuldner befinden würde, wenn er nicht im Konkurs wäre und das Guthaben trotz des Widerspruches des Dritten geltend machen wollte; es läge ihm ob, den Dritt-Schuldner zu belangen und event. gegen den Mitbeanspruchenden auf Feststellung des Rechtes zu klagen (OR 168 Abs. 3). Da der Konkurs keine andere Wirkung als die Substituierung des Schuldners durch die Masse habe, würde eine rationelle Lösung des Problems dazu führen, daß die Masse und nicht der Dritte die Klägerrolle übernimmt, angesichts ihres Interesses, baldmöglichst das Recht am Guthaben feststellen zu lassen[38]).

Geht das Begehren des Drittansprechers auf Aussonderung einer in ein Wertpapier gekleideten Forderung, so gelten analog die Grundsätze über Aussonderung von Objekten des reinen Sacheigentums, denn die Forderung kann als abstraktes Rechtsverhältnis hier nur zugleich mit der betreffenden Urkunde geltend gemacht werden. Art. 242 SchKG. kann aber nur angewendet werden, wenn die Masse den ausschließlichen Gewahrsam hat[39]), der hier die gleiche Bedeutung besitzt wie bei körperlichen Sachen. Bei einem Wertpapier, das auf den Drittansprecher lautet, ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, selbst wenn es sich in den Händen des Schuldners, bzw. der Masse befindet, da zur Verfügung darüber die Mitwirkung des Titulars unerläßlich ist[40]).

Die Frage des Gewahrsams kann streitig werden bei einem auf den Namen lautenden Wertpapier, das vom Gemeinschuldner auf den Dritten übertragen wurde, ohne die nach Art. 844 OR nötige Indossierung. Trotzdem ein solcher Titel in der Verkehrsfähigkeit und in der Geltendmachung zugunsten des formell noch nicht legitimierten Inhabers beschränkt ist, gilt er trotzdem als Wertpapier und nicht bloß als Beweisurkunde. Es hat daher derjenige den Gewahrsam, der ein solches Papier tat-

---

[38]) In diesem Sinne auch Leuch, Die Bedeutung des betreibungsrechtl. Widerspruchsverfahrens um Forderungen, ZbJV. 1940, fol. 20, ferner Obergericht Luzern in BSchK. 12 fol. 18 und 13 fol. 151.

[39]) BGE 72 III 22.

[40]) Praxis Bd. 39, fol. 337.

sächlich innehat. Die Pflicht des Schuldners zur Vornahme der Indossierung spielt hier im Admassierungsstreit keine Rolle[41]).

Das Aussonderungsrecht von Forderungen und die Vorteilsstellung des Gewahrsamsinhabers hat besondere Bedeutung im Versicherungsvertragsrecht. Hier bemerkt C. Jäger[42]) zutreffend, daß bei einem Streit über den Versicherungsanspruch einer Personenversicherung zwischen dem aus dem Versicherungsvertrag Begünstigten und der Konkursmasse, die letztere, sofern sie über die Police verfügt, den Gewahrsam an der Forderung habe und daher im Aussonderungsprozeß den Begünstigten in die Klägerrolle nach Art. 242 SchKG. drängen könne, außer, wenn es sich um Ehegatten oder Nachkommen des Kridaren handle (Art. 77, 79 und 80 VVG.).

§ 6. Der Gewahrsam am Objekt.

I. Begriff.

Art. 242 des Konkursgesetzes spricht von einer „Herausgabe" von Sachen, über die die Konkursverwaltung zu verfügen habe, wenn von Seiten eines Dritten Aussonderungsansprüche geltend gemacht werden. Damit wird dargetan, daß ein Aussonderungsanspruch nur dann gegeben ist, wenn die Konkursmasse den Gewahrsam über die auszusondernde Sache hat. Die gleiche Regelung gilt auch für das analoge Widerspruchsverfahren in der Pfändung, wo Art. 106 und 109 SchKG. direkt von einem Gewahrsam des Schuldners, resp. des Dritten an der gepfändeten Sache sprechen. In beiden Verfahren erreicht damit der Gewahrsinhaber infolge der mit dem Gewahrsam verbundenen Publizitätswirkung und der hieraus resultierenden Präsumption für die Existenz des behaupteten Executionsrechtes, daß er nicht klagend aufzutreten braucht, was im Interesse der

---

41) C. Jaeger, Komm. Art. 106, N. 2; Obergericht Luzern, Max. VIII No. 65.

42) Komm. Art. 242, N. 3.

Vermeidung von Rechtsmißbräuchen unbedingt als geboten erscheint. Die Konkursmasse insbesondere ist damit im Aussonderungsverfahren der schwierigen Beweislast über das zwischen Schuldner und Aussonderungsberechtigten bestehende materielle Rechtsverhältnis enthoben[1]).

Die Frage nach dem Gewahrsam spielt daher im Verfahren nach Art. 242 SchKG. eine wesentliche Rolle, auf die näher eingetreten werden muß. Gewahrsam bedeutet hier ein rein tatsächliches Machtverhältnis, kraft dessen die Konkursmasse in Stand gesetzt wird, über das betreffende Rechtsobjekt körperlich zu verfügen[2]). Es handelt sich somit um die rein faktische und tatsächliche Gewalt über die betreffende Sache[3]) als Folge der rechtlichen Herrschaft, wie sie der Masse in der Generalexecution des Konkurses vom Gesetzgeber verliehen worden ist, auch ohne Sukzession in das Eigentum des Kridaren. Es ist einleitend bemerkt worden, daß die Gläubiger im Konkurs einen Anspruch auf Befriedigung aus den zur Masse gehörenden Vermögenswerten haben, was die Verleihung der vollen tatsächlichen Gewalt bedingt. Das Konkursgesetz normiert hiezu in Art. 204 die Dispositionsunfähigkeit des Schuldners den Konkursgläubigern gegenüber für Rechtshandlungen in bezug auf Vermögenswerte, die zur Masse gehören. Sie erstreckt sich auch auf die im Konkursverfahren durch die konkursamtlichen Organe zur Feststellung, Erhaltung und Verwertung der Massaobjekte zu treffenden Anordnungen, wie die Inventaraufnahme nach Art. 221 SchKG. und namentlich die Sicherungsmaßnah-

---

1) Vergl. Peter, Widerspruchsklage, fol. 373; Reymond, a.a.O. fol. 20, Wagner, a.a.O. fol. 92 und 101.

2) Blumenstein, Handbuch, fol. 763, C. Jaeger, Komm. Art. 242, fol. 209; Peter, Widerspruchsklage, fol. 376. In ähnlicher Weise definiert auch von Schrutka-Rechtenstamm, a a.O. Bd. II § 4, den Gewahrsam als ein rein äußerliches, für jedermann auf den ersten Blick erkennbares, räumliches Verhältnis der Sache zum Exequendus. In obigem Sinne verlangt auch BGE 26 I fol. 144, daß die Masse die Möglichkeit haben müsse, über das beanspruchte Objekt nach ihrem Belieben zu entscheiden, ob und welchem der mehreren Ansprecher sie dasselbe herausgeben wolle.

3) BGE 24 I fol. 536, Bd. 29 I 382.

men nach Art. 223, die dem Gemeinschuldner die Verfügungsmacht entziehen und diese auf das Konkursamt übertragen, wodurch die zur Masse zu ziehenden Vermögenswerte in den Gewahrsam derselben übergeführt werden sollen. Der Gewahrsam der Masse ist also dann gegeben, wenn dieselbe die für die Zwecke der Generalexecution nötige Gewalt und Herrschaft über die zum Konkurssubstrat gehörenden Objekte erlangt hat. Sie muß in den Stand gesetzt sein, diese Massaobjekte ohne weiteres zu verwerten, in der Absicht, die am Konkurse teilnehmenden Gläubiger zu befriedigen, sei es durch Einzug fälliger Guthaben und durch Notverkauf der einer schnellen Wertverminderung ausgesetzten Sachen, sowie durch sofortigen Verkauf derjenigen Vermögenswerte, die einen Börsen- oder Marktpreis haben[4]), oder dann durch die eigentlichen Verwertungshandlungen nach Art. 252—260 SchKG. Hiezu wird nicht direkt körperliches Innehaben verlangt, sondern nur die faktische Möglichkeit, über die betreffende Sache zu verfügen[5]).

Nur wenn ein Vermögenswert in einem derartigen Verhältnis zur Masse steht, kann er Gegenstand eines Aussonderungsanspruches sein. So verlangt denn auch v. Wilmowski[6]), daß der herausverlangte Gegenstand als Teil der Istmasse erscheine, was dem Begriffe des betreffenden Gegenstandes entsprechend durch körperliche Detention, Cession etc. erkennbar sei. Im gleichen Sinne verlangen auch E. Jaeger[7]), Endemann[8]), ferner auch Sieburg[9]), daß der beanspruchte Gegenstand sich in der Masse befinden müsse.

Der Gewahrsam der Masse ist auch dann gegeben, wenn ein Dritter, welcher keinen Aussonderungsanspruch am betreffenden Vermögenswert geltend macht, als Inhaber des Gewahrsams erscheint, so wenn eine dem Schuldner gehörige Sache durch Miete, Pacht, Hinterlegung, Kommission, Leihe, den Besitzer gewechselt hat oder auch dann, wenn der Dritte nur als Besitz-

4) Art. 243 SchKG.
5) Reichel, Art. 106, Anm. 1; Reymond, a.a.O. fol 94.
6) a.a.O. fol. 198.
7) Komm. § 35, 43.
8) a.a.O. fol. 342.
9) a.a.O. fol. 9.

diener auftritt. Hier übt der Dritte den Gewahrsam nur für den Gemeinschuldner resp. die Masse aus[10]). Wenn sich dagegen der Dritte bezüglich des in seinem Gewahrsam befindlichen Vermögenswertes der Admassierung widersetzt mit der Behauptung, er besitze einen Aussonderungsanspruch, kann das Verfahren nach Art. 242 SchKG. nicht eingeschlagen werden, denn hier fehlt das rein tatsächliche, in äußern Umständen liegende Gewaltverhältnis, das einem rein rechtlichen Verhältnis vorgeht[11]). Die Konkursverwaltung hat also hier den Einbezug der Sache in die Konkursmasse auf dem ordentlichen Rechtswege zu versuchen und gegen den Dritten an seinem ordentlichen Gerichtsstand selbst klagend aufzutreten. Der Dritte gilt auch dann als Träger des Gewahrsams, wenn er die betreffende Sache mit dem Schuldner gemeinsam besitzt, was namentlich im ehelichen Güterrecht von Bedeutung ist. Der Begriff Gewahrsam braucht sich nicht mit dem Begriff Alleinbesitz zu decken und kann alle diejenigen Verhältnisse erfassen, in denen verschiedene Personen als verfügungsberechtigt erscheinen[12]).

Ebenso ist die Masse nicht im Besitze des Gewahrsams, wenn sie gemäß eigener Erklärung den Gegenstand nur kraft eines bloß beschränkten dinglichen Rechtes besitzt, speziell wenn dieses der Sicherung einer Forderung dient, also sein Bestand von dem des letzteren abhängt, wie beim Pfandrecht. In diesem Falle besitzt sie nicht mehr Rechte als der Gemeinschuldner selber und kann sich nicht auf ihren Besitz berufen, sondern hat Betreibung auf Pfandverwertung anzuheben und im Falle eines erfolgten Rechtsvorschlages gerichtlich vorzugehen[13]).

---

[10]) Vgl. C. Jaeger, Komm. zu Art. 106 u. 242; Reymond fol. 89; BGE. Bd. 50 III N. 3.

[11]) Blumenstein, fol. 763, BGE. 24 I, fol. 536 u. 719. Hat dagegen der Dritte den Gewahrsam der Masse nach der Inventaraufnahme eigenmächtig gebrochen, so ist ihm die Frist nach 242 anzusetzen, ZbJV. Bd. 59 fol. 349.

[12]) Reichel, Art. 242, N. 6; Blumenstein, fol. 763; C. Jaeger, Art. 242, fol. 210, BSchK. Bd. 11 fol. 54, Wagner, fol. 103, BGE. 77 III. 116.

II. Gewahrsam und Besitz.

Welches sind endlich die Beziehungen zwischen dem nach Art. 242 geforderten Gewahrsam und dem Besitz im Sinne des Zivilrechtes? Seuffert[14]) identifiziert Gewahrsam mit Besitz des BGB. und im gleichen Sinne bemerkt auch Sieburg[15]), daß der Konkursverwalter, wenn es sich um eine Sache handle, diese im Besitz haben müsse. Von Wilmowski[16]) dagegen verlangt, wie früher erwähnt, das Vorhandensein des Gegenstandes in der „Istmasse", womit er jedenfalls für die Frage nach dem Wesen des Gewahrsams nicht die Grundsätze des Besitzesrechtes allgemein angewendet wissen will. Anderseits erklärt Ostertag[17]), daß der Begriff des Gewahrsams im Sinne des Betreibungs- und Konkursgesetzes nicht mit dem Besitze im Sinne des Zivilgesetzbuches zusammenfalle, da er sich nach den Bedürfnissen einer sachgemäßen Verteilung der Parteirollen im Widerspruchsverfahren richte, womit u. E. allerdings die Frage nach der Beziehung zwischen Gewahrsam und Besitz nicht gelöst wird, da die Verteilung der Parteirollen nur eine Folge des festgestellten Gewahrsams ist. Unzweifelhaft bestehen zwischen Besitz und Gewahrsam nach Art. 242 gewisse Analogien, denn auch der Besitz wird definiert als faktische oder tatsächliche Herrschaft oder Gewalt an einer körperlichen Sache. So erklärt Art. 919 Abs. 1 ZGB.: Wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, ist ihr Besitzer. Nach unserem Dafürhalten liegt der Unterschied zwischen beiden weniger in der rein theoretischen Konstruktion als vielmehr in der praktischen Bedeutung und dem Zwecke, dem die beiden zu dienen haben. Nach Tuor[18]) besagt der allen Besitzesarten gemeinsame Rechtsbegriff nichts weiteres als: eine von der Rechtsordnung angenommene (fin-

---

13) BGE. Bd. 41 III, fol. 109.
14) a.a.O., fol. 96, ebenso Heuberger, a.a.O., fol. 85.
15) a.a.O., fol. 9.
16) a.a.O., fol. 198.
17) Kommentar zum Sachenrecht III, fol. 6, Homberger, Komm. Art. 919, N. 9.
18) Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, fol. 420.

gierte oder wirkliche) mit irgendeiner Rechtswirkung ausgestattete tatsächliche Beziehung einer Person zu einer Sache. Bei dem im Widerspruchs- und Aussonderungsverfahren vom Gesetzgeber verlangten Gewahrsam dagegen handelt es sich weniger um die dem Besitze eigenen Rechtswirkungen, als vielmehr um einen eigenen, die Durchführung der Zwangsexekution sichernden und ermöglichenden Tatbestand, der daher aus dem Vollstreckungsrecht heraus zu erklären ist. Gewahrsam ist denn auch eine quaestio facti oder wie Blumenstein dartut, an Hand der tatsächlichen Verhältnisse von Fall zu Fall zu beurteilen. So versteht auch C. Jaeger[19]) unter Gewahrsam ein rein tatsächliches Verhältnis, eine Innehabung in eigenem Namen und Interesse, die unabhängig vom selbständigen und unselbständigen Besitz nach Art. 919 u. 920 ZGB. besteht, zumal ja die Frage, bei wem das Eigentum sich befindet, ganz gleichgültist (BGE. XXII 148). Dagegen mißt C. Jaeger dem Besitzesrecht des ZGB. auch für das Widerspruchs- und Aussonderungsverfahren insofern Bedeutung zu, als die Bestimmungen über die Uebertragung des Besitzes — Art. 922—925 ZGB. — sowie die Vorschrift von Art. 921 ZGB., wonach eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung oder Unterlassung der Ausübung der tatsächlichen Gewalt den Besitz nicht aufhebt, bezüglich der Frage nach der tatsächlichen Gewalt (also nicht bezüglich selbständigem oder unselbständigem Besitz) analog angewendet werden können.

III. Gewahrsam im ehelichen Güterrecht.

Die Feststellung des Inhabers des Gewahrsams kann für die Konkursverwaltung dort schwierig sein, wo er nach außen nicht genügend abgegrenzt erscheint. Dies gilt namentlich auch für die Gewahrsamsverhältnisse im ehelichen Güterrecht. Hier, wie übrigens allgemein dort, wo mehrere Personen einen gemeinsamen Haushalt führen, wird nicht nur auf den Gewahrsam

---

[19]) Komm. zu Art. 106 u. 242; Vgl. auch BGE. Bd. 29 I, fol. 382, Bd. 50 III, fol. 3.

als tatsächliches Verhältnis, sondern, wie Reymond[20]) richtig feststellt, auch im Verhältnis der Gemeinschaftsglieder untereinander auf die das Gemeinschaftsverhältnis regelnden positiven rechtlichen Normen abgestellt.

Bei den in gemeinsamem Haushalt lebenden Ehegatten, die nicht unter dem Güterstande der Gütertrennung leben, hat der Ehemann den Gewahrsam an allen Gegenständen, die in der Wohnung sich befinden[21]), also auch an denjenigen der Ehefrau, soweit dieselbe nicht selbständig als Gewahrsamsinhaberin auftritt, wie bezüglich derjenigen Gegenstände, die ihr ausschließlich zu ihrem persönlichen Gebrauch dienen oder von Erwerb aus selbständiger Arbeit herrühren. Auch bei der allgemeinen Gütergemeinschaft ist der Ehemann Inhaber des Gewahrsams über das Gesamtgut, da er nach Art. 216 die Verwaltung innehat.

In der Güterverbindung und Gütergemeinschaft bleibt der Ehemann Inhaber des Gewahrsams auch wenn er vorübergehend abwesend ist; bei jahrelanger Abwesenheit dagegen verliert er den Gewahrsam an den in der ehelichen Wohnung befindlichen Gegenständen[22]). Bei der Gütertrennung hat jeder Ehegatte den Gewahrsam an den in seinem Eigentum stehenden Gegenständen. Die Ehefrau hat dagegen den Gewahrsam an den Hausratsgegenständen nur dann, wenn die Ehegatten auch Dritten gegenüber unter Gütertrennung stehen[23]).

Bezüglich derjenigen Gegenstände, die zum Sondergut gehören, hat jeder Ehegatte seinen eigenen Gewahrsam. Dementsprechend hat daher die Ehefrau, wenn sie nach Art. 167 ZGB. einen Beruf oder ein Gewerbe betreibt, den Gewahrsam an denjenigen Vermögenswerten des Frauengutes, die sie dazu ver-

---

[20]) a.a.O., fol. 95: „La jurisprudence attribue la possession à celle dont la possession n'est pas simplement un fait matériel, mais semble consacrée par la loi"; ferner Archiv III, Nr. 123. Vgl. auch Homberger, Komm. Art. 920 N. 26, sowie BGE. 57 III 181.

[21]) BGE. 27 I 233; C. Jaeger, Komm. Art. 106 N. 1.

[22]) BGE. 39 I 92.

[23]) BGE. 48 III Nr. 3. Die von Reymond, fol. 95 im Anschluß an Archiv Bd. V Nr. 34 und Bl.Zü.R. 4, No. 85 vertretene Ansicht eines Mitgewahrsames der Ehegatten hinsichtlich des Hausrates der gemeinsamen Wohnung ist daher unzutreffend.

wendet, sowie an denjenigen, die sie aus dem Arbeitsertrag anschafft[24]).

Das Geschäftsmobiliar eines, vom Ehemann auf seinen alleinigen Namen geführten Gewerbebetriebes steht im allgemeinen in seinem ausschließlichen Gewahrsam, auch wenn die Ehefrau im Gewerbe mitarbeitet. Nach der Rechtssprechung des Bundesgerichtes[25]) besteht ein Mitgewahrsam der Ehefrau nur dann, wenn diese Objekte als ihr Sondergut nicht nur in dem ordnungsgemäß eingetragenen und bekanntgemachten Gütertrennungsvertrag erwähnt, sondern nur dann, wenn sie außerdem in einem, den Gütertrennungsvertrag ergänzenden Inventar aufgeführt sind, an Hand dessen sich die Identität dieser Gegenstände mit der im Gütertrennungsvertrag aufgeführten feststellen läßt.

IV. Gewahrsam bei Grundstücken.

Die Feststellung des Gewahrsams ist häufig auch dann mit Schwierigkeiten verbunden, wenn Grundstücke in das Aussonderungsverfahren einbezogen werden müssen, da hier eine tatsächliche Gewalt und ein faktisches Innehaben als Grundlage des Gewahrsams nicht in so augenfälliger Weise gegeben ist wie bei den Mobilien und anderseits Entstehung und Untergang dinglicher Rechte sich nicht an den Besitz, sondern an die Eintragung im Grundbuch, als der Form des Immobiliarsachenrechtes[26]) knüpfen. Es ist daher zu untersuchen, ob das Gewahrsamsverhältnis, als Grundlage für die Rollenverteilung nach Art. 242 SchKG., durch die rein äußere, tatsächliche Gewalt oder durch Eintrag als Eigentümer im Grundbuch hergestellt wird. Das Bundesgericht hat in seinen Entscheidungen, soweit es bis heute zu dieser Frage Stellung zu nehmen hatte, sich einzig für den faktischen Besitz und nicht für den Grundbuchein-

---

[24]) Vgl. C. Jaeger, Komm. Art. 106, N. 2. Diese Auffassung war früher bestritten. BGE. 25 I Nr. 20, Reymond, fol. 96.

[25]) BGE. 68 III 179 und 77 III 116.

[26]) F. Jenni, Der öffentliche Glaube des Grundbuches nach dem schweizerischen ZGB., fol. 1.

trag entschieden, selbst unter der Herrschaft des ZGB[27]), da der letztere an und für sich keinen Beweis liefere, daß das fragliche Grundstück zu gleicher Zeit im Besitz des Schuldners gewesen sei. Die Eintragung im Grundbuch als Tabularbesitz könne dem faktischen Besitz nur dann gleichgestellt werden, wenn das Grundbuch über die Rechtsverhältnisse am Grundeigentum sicher und unumstößlich Beweis liefern würde. Sobald aber die Rechtsbeständigkeit eines Grundbucheintrages in Zweifel gezogen werden könne, dürfe davon, daß dieses den faktischen Besitz ersetze, jedenfalls nicht mehr gesprochen werden. Dieser Differenzierung in der Gewahrsamsbestimmung nach faktischem Innehaben oder Grundbucheintrag vermögen wir uns nicht anzuschließen, sondern halten dafür, daß mit der Eintragung im Grundbuch zugleich auch der Gewahrsam gegeben ist[28]). Wenn also hinsichtlich eines admassierten Grundstückes der Gemeinschuldner im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, so gilt damit die Konkursmasse als Inhaberin des Gewahrsams, trotzdem sie, wie Jenni[29]) bemerkt, die dem Grundbuch inhaerierende publica fides des Art. 973 ZGB. nicht für sich beanspruchen kann, da sie nicht als Erwerberin eines dinglichen Rechtes auftritt und auch nicht ein vom Gemeinschuldner unabhängiges, besseres Recht, als diesem zustand, erwerben kann. Ein bloßes Abstellen auf die effektive tatsächliche Herrschaft dagegen müßte zu unhaltbaren Konsequenzen führen, da u. E. der im Grundbuch Eingetragene, um in einem Konkurs sein Eigentum geltend zu machen, als Kläger auftreten müßte, trotzdem sein Eigentum aus öffentlichen Büchern hervorgeht, was beim Grundbuche, guter Glaube des Eingetragenen vorausgesetzt, als einer höchst qualifizierten öffentlichen Urkunde — Art. 973 ZGB. — und der

---

[27]) Vgl. BGE. 24 I, Nr. 74 u. 30 I, Nr. 38, 38 I Nr. 50. In diesem Sinne auch Blumenstein, fol. 387, Anm. 14, u. fol. 764, Anm. 11 („Die Eintragung der Liegenschaft im Grundbuch zugunsten des Gemeinschuldners ist für den körperlichen Gewahrsam ohne Belang"). Vergl. ferner Note 35 hiernach.

[28]) In diesem Sinne auch Peter, fol. 380, Reymond, fol. 98 ff.

[29]) a.a.O., fol. 36.

konstitutiven Wirkung des Eintrags, Legalitätsprinzip etc. entschieden nicht mehr gerechtfertigt ist.

Es ist daher auch die beispielsweise von C. Jäger noch in Komm. I, N. 2 zu Art. 106 vertretene Auffassung, wonach gegenüber demjenigen, der die effektive tatsächliche Herrschaft ausübt, der nur eingetragene Berechtigte nicht den Gewahrsam beanspruchen könne, abzulehnen. Denn wie bemerkt, ist die Ausübung der rein tatsächlichen Herrschaft in bezug auf Grundstücke oft schwer zu erkennen und verlangt die Feststellung derselben, im Gegensatz zum Grundbucheintrag, eingehende Untersuchungen durch das Konkursamt. Vor allem aber ist zu beachten, daß der Begriff der nur tatsächlichen Gewalt, wie er als Grundlage des Gewahrsams für die Mobilien verlangt ist, nicht in gleicher Weise auch für die Immobilien angewendet werden kann, da er bei letzteren nur rein wirtschaftliche Bedeutung hat, eine tatsächliche Herrschaft aber, die, wenn auch nicht die Vollwirkungen des Eigentumsrechtes, so doch eine tatsächliche Verfügungsmöglichkeit, spez. einer Verpfändung, Weiterbegebung begreift, bei den Immobilien nur im Zusammenhange mit dem Grundbucheintrag gegeben ist. Der im Grundbuch nur Eingetragene steht daher zu dem die tatsächliche Gewalt effektiv Ausübenden mindestens im Verhältnis des Mitbesitzes und muß demgemäß wie bei Art. 109 auf seinen Gewahrsam abgestellt werden.

Leider hat auch die sonst in alle Details gehende Verordnung des Bundesgerichtes über die Zwangsverwertung von Grundstücken v. 23. April 1920 diese Frage ganz außer acht gelassen und es wäre vom Standpunkte der Rechtssicherheit aus zu begrüßen, wenn de lege ferenda diese Frage endgültig geregelt würde. Wohl wird im Pfändungsverfahren nach Art. 10 der Gläubiger, der die Pfändung eines Grundstückes, das im Grundbuch auf einen andern Namen als desjenigen des Schuldners eingetragen ist, im nachfolgenden Widerspruchsverfahren zur Anhebung der Klage angehalten[30]). Allein diese Vorschrift gibt noch keinen genügenden Anhaltspunkt dafür, daß der Einge-

[30]) Vergl. Anl. Art. 9.

tragene als im Besitz des Gewahrsams zu betrachten ist, da im vorliegenden Fall nicht Akte des Aussonderungsverfahrens, sondern solche der Feststellung des Pfändungsobjektes in Frage stehen. Dagegen weist C. Jaeger[31]) nicht mit Unrecht auf Art. 39 VZG. hin, wonach im Verfahren für die Bereinigung des Lastenverzeichnisses demjenigen die Klägerrolle zugewiesen wird, der die Abänderung oder Löschung eines im Grundbuch eingetragenen, in seinem Bestand und Rang vom Grundbucheintrag abhängigen Rechtes verlangt. Hier vermag also der Grundbucheintrag den verlangten Gewahrsam zu begründen. Ja darüber hinaus wird der gleiche Grundsatz auch hinsichtlich solcher Rechte angewendet, die im Grundbuch nicht eingetragen, sondern nur angemerkt werden, so bei der Bereinigung der Zugehör nach Art. 38 VZG., da über die Eigentumsansprachen an der Zugehör im Aussonderungsverfahren entschieden wird[32]), im Gegensatz zu der Frage der Zugehörqualität überhaupt, die im Kollokationsverfahren gelöst wird. Art. 38 Abs. 2 VZG. bestimmt nun für das analoge Pfändungsverfahren, daß, wenn Zugehörgegenstände zugleich von einem Dritten als Eigentum beansprucht werden, die zehntägige Frist zur Bestreitung dieses Anspruches sämtlichen Pfändungs- und Pfandgläubigern und dem Schuldner anzusetzen sei. Wird nun die Zugehöreigenschaft eines im Lastenverzeichnis aufgeführten Gegenstandes bestritten, so hat das Betreibungsamt, wenn es sich um einen Gegenstand handelt, der auf Begehren des Eigentümers des Grundstückes im Grundbuch als Zugehör angemerkt worden ist, die Frist zur Klage dem die Zugehöreigenschaft Bestreitenden anzusetzen[33]). Danach Art. 644 Abs. 3 ZGB. eine Sache, deren Zugehörqualität feststeht, diese Eigenschaft nicht verliert, auch wenn sie vorübergehend von der Hauptsache getrennt wird, so ist sehr wohl möglich, daß im entscheidenden Momente der Drittansprecher den faktischen Gewahrsam hat. Ist diese Sache nun aber im Grundbuch bei der schuldnerischen Liegenschaft als Zugehör angemerkt, so kommt er nach den oben angeführten Bestimmungen trotzdem in die

---

[31]) Praxis Bd. II, Art. 242; C. Jaeger/M. Däniker, fol. 384.
[32]) Haab, Komm., fol. 110.
[33]) Anl. Art. 18 und 19.

Klägerrolle und kann sich nicht auf seinen tatsächlichen Gewahrsam berufen. Es wird also in den erwähnten Fällen einfach auf das Grundbuch abgestellt und es ist nicht einzusehen, warum im Aussonderungsverfahren bezüglich der Admassierung eines Grundstückes selber eine andere Lösung gesucht werden sollte. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nur dort gegeben, wo das Gesetz selber, unabhängig vom Willen der Beteiligten, die Gewahrsamsverhältnisse festlegt, wie im ehelichen Güterrecht. Hier gilt hinsichtlich Grundstücken, die auf den Namen der Ehefrau ins Grundbuch eingetragen sind, nach bereits früher Gesagtem der Ehemann als Inhaber des Gewahrsams, wenn die Ehegatten unter dem Güterstande der Güterverbindung oder Gütergemeinschaft leben, da hier der Ehemann von Gesetzes wegen[34]) Verwalter des ehelichen Vermögens ist, wozu auch das Frauengut gehört (mit Ausnahme des Sondergutes). Eine Aenderung der Gewahrsamsverhältnisse könnte nur durch Anordnung der Gütertrennung erzielt werden.

Es ist nun aber zuzugeben, daß es Fälle gibt, wo der Grundbucheintrag nicht mit den tatsächlichen Rechtsverhältnissen übereinstimmt. Es ist sehr wohl möglich, daß z. B. ein Dritter unrichtigerweise als Eigentümer eines Grundstückes im Grundbuch eingetragen ist. Die Richtigstellung des Grundbuches ist hier aber eine Frage des Zivilrechtes, denn die Konkursmasse hat auf dem Wege der Grundbuchberichtigungsklage nach Art. 975 ZGB. gegen den Dritten vorzugehen. Nicht mit Unrecht bemerkt Reymond, daß ein Abstellen auf das tatsächliche Innehaben als Basis für die Parteirollenverteilung praktisch bedeutungslos wäre, da der in die Klägerrolle gedrängte Dritte sich kurzerhand auf die Tatsache der vollzogenen Eintragung berufen könnte und die Masse dann trotzdem den in Art. 975 für die Berichtigung des Eintrags erforderlichen Beweis führen müßte. Wir halten also ganz allgemein dafür, daß im Aussonderungsverfahren nach Art. 242 SchKG. bezüglich Grundstücken der

---

[34]) Art. 200 und 216 ZGB. C. Jaeger, Komm., Art. 106, N. 2.

verlangte Gewahrsam nur mit dem Grundbucheintrag und nicht mit dem faktischen Innehaben gegeben ist[35]).

V. Zeitpunkt des Gewahrsams.

In welchem Momente muß nun die Masse im Besitze des Gewahrsams sein, damit sich das Verfahren nach Art. 242 SchKG. durchführen läßt? Für das Widerspruchsverfahren in der Pfändung ist diese Frage insoweit abgeklärt, als hier einzig auf den Moment der Pfändung abgestellt wird[36]). Für das Aussonderungsverfahren im Konkurs stehen sowohl Blumenstein[37]) als auch C. Jaeger[38]), in Uebereinstimmung mit dem Entscheid des Bundesgerichtes in Bd. 24 I 138 auf dem Standpunkt, daß der Moment der Konkurseröffnung, wie er im Konkursdekret festgestellt wurde, keine Kolle spielt. (Das Bundesgericht hat sich allerdings in einem späteren Entscheid[39]] auf einen andern Standpunkt gestellt und erklärt, daß Art. 242 SchKG. voraussetze, daß der Schuldner, in dessen Rechte die Masse eintritt, zur Zeit der Konkurseröffnung derart die Verfügungsgewalt über die streitige Sache besitze, daß für die Masseverwaltung die Möglichkeit bestehe, über das vom Dritten beanspruchte Objekt nach ihrem Belieben zu entscheiden, ob und welchem der Ansprecher sie dasselbe herausgeben wolle.) Während nun aber C. Jäger als entscheidenden Zeitpunkt den Moment der Verfügung ansieht, verlangt Blumenstein, daß der Gewahrsam der Masse an der be-

---

[35]) Dies gilt jedoch nur bei einem definitiven Eintrag, nicht aber schon bei der nur vorläufigen Eintragung nach Art. 961 ZGB. Vgl. Ostertag, Art. 961, Anm. 16. Jenni, a.a.O., fol. 188.
In BGE. Bd. 72 III No. 14 hat sich nun das Bundesgericht im Widerspruchsverfahren nach Art. 106—109 SchKG. für den Grundbucheintrag entschieden und den faktischen Gewahrsam aufgegeben.

[36]) Vgl. BGE. 28 I 98, 32 I 114; Blumenstein, fol. 38; C. Jaeger, Komm. Art. 106 N. 1.

[37]) Handbuch, fol. 764.

[38]) Komm. Art. 242, N. 3.

[39]) BGE. Bd. 26 I, fol. 147.

[40]) Handbuch, fol. 764, BGE. 24 I 719.

treffenden Sache zur Zeit der Geltendmachung des Aussonderungsanspruches gegeben sein müsse[40]). Wir halten Blumensteins Auffassung für die richtige, wobei allerdings zu bemerken ist, daß die Masse auf den Moment der Verfügung abzustellen hat, wenn sie aus eigener Initiative Sachen aus dem Masseverband an einen Drittberechtigten herausgibt, weil sie selber das betreffende Objekt als nicht zur Masse gehörig erkennt oder wenn der Schuldner dasselbe als Eigentum eines Dritten bezeichnet hat. Wenn aber der Drittansprecher selber gegenüber der Masse einen Aussonderungsanspruch geltend macht, muß zu dieser Zeit im Sinne der Auffassung Blumensteins die Masse als Inhaberin des Gewahrsams erscheinen, weil ohne diese Voraussetzung ein Aussonderungsanspruch überhaupt nicht denkbar ist, denn der Drittansprecher will ja mit seinem Aussonderungsbegehren die betreffende Sache aus der Masse herausbekommen, was den Gewahrsam der Masse zur Zeit der Geltendmachung des Anspruches und nicht zur Zeit der oft viel später erfolgenden Verfügung voraussetzt. Es kann daher die Masse aus der Tatsache, daß der Dritte von ihr die Herausgabe verlangt, direkt auf die Anerkennung ihres Gewahrsams schließen[41]). Dann ist vor allem zu beachten, daß die Konkursverwaltung, wenn der Drittansprecher einen Aussonderungsanspruch geltend macht, eine Prüfung anzustellen hat nach dem Vorhandensein derjenigen äußeren Umstände, die ein Gewahrsamsverhältnis zu begründen vermögen, und zwar nicht im Sinne einer Untersuchung über die rechtliche Begründetheit des Aussonderungsanspruches, sondern in der Festlegung der Voraussetzungen für die richtige Verteilung der Parteirollen in einem event. nachfolgenden Rechtsstreite nach Art. 242 SchKG. Kann ein bloß simulierter Gewahrsam des Dritten festgestellt werden, so ist auf den wirklichen und nicht auf den simulierten Tatbestand abzustellen und dem Ansprecher die Klagefrist anzusetzen[42]).

---

[41]) BGE. 28 I 92 u. 32 I 31. Für den Moment der Verfügung dagegen ZbJV. Bd. 59, fol. 349, ferner hier auch C. Jaeger, Praxis I, fol. 79, u. Reymond, fol. 92.

[42]) BGE. 38 I, 163.

3. Abschnitt.

Die Aussonderungsgründe.

§ 7. Die Aussonderung auf Grund privatrechtlicher Bestimmungen.

A. Das Eigentumsrecht als Hauptfall der Aussonderung.

I. Allgemeines.

Dem Anspruch eines Dritten auf Herausgabe einer durch die Konkursverwaltung admassierten Sache aus dem Massebeschlag kann nur Folge gegeben werden, wenn dem Ansprecher ein hinreichender Aussonderungsgrund zur Seite steht[1]). Zu beachten ist hier namentlich, daß das Konkursgesetz in Art. 201—203 noch besondere, über die allgemeinen Regeln des Zivilrechtes hinausgehende konkursrechtliche Aussonderungsgründe geschaffen hat. Der seiner juristischen Struktur und praktischen Bedeutung nach wichtigste Aussonderungsgrund ist jedoch mit dem Eigentumsrecht gegeben, weshalb denn auch der Aussonderungsanspruch fälschlicherweise häufig mit der rei vindicatio direkt identifiziert wird. Dieser Aussonderungsanspruch des Eigentümers gehört überhaupt zu den praktisch wichtigsten zivilrechtlichen Schutzmitteln des Eigentums, da sich der Eigen-

---

[1]) Für das Exscindierungsverfahren in der Pfändung verlangt v. Schrutka-Rechtenstamm, a.a.O. Bd. II, daß der Dritte ein „juristisches Interesse" an der Freigebung haben müsse, eine Formel, die u. E. weit über das Ziel hinausschießt, da auch der Dritte, der nur einen Verschaffungsanspruch hat, die Freigabe des betreffenden Gegenstandes verlangen könnte. Ungenau auch H. v. Häfen, fol. 2, der auf die wirtschaftliche Nichtzugehörigkeit zum schuldnerischen Vermögen abstellt. Nach Seuffert, fol. 91, darf daher zutreffend der Anspruch nicht auf Befriedigung eines Guthabens gehen.

tumsschutz keineswegs in der rei vindicatio und in der actio negatoria erschöpft [2]). Hieher gehört namentlich die Aussonderung derjenigen Vermögensobjekte, die der Gemeinschuldner ohne selber Eigentümer sein zu wollen in seinem Gewahrsam hatte, wie bei Miete, Pacht, Gebrauchsleihe, Mandat, Hinterlegungsvertrag [3]). Dagegen entfällt das Aussonderungsrecht, wenn es sich um eine fiduziarische Uebertragung an den Kridaren handelt. In der deutschen Literatur wird zwar häufig ein Aussonderungsrecht des Fiduzianten anerkannt, so namentlich von J. Kohler [4]), E. Jaeger [5]) und auch von Dernburg [6]), weil eine solche Regelung einem unabweisbaren Verkehrsbedürfnis Rechnung trage und weil der Fiduziar nur die Stellung eines bloßen Bevollmächtigten habe [7]). In der schweizerischen Doktrin und Praxis ist diese Auffassung mit Recht abgelehnt worden, da die Wirkungen des Eigentums sich nicht in innere und äußere spalten lassen [8]) und in der fiduziarischen Rechtsübertragung eine nach außen voll wirksame Uebertragung des Rechtes erblickt wird, derart, daß der Fiduziar dem Fiduzianten gegenüber bloß obligatorisch verpflichtet ist, von dem erworbenen Rechte nur in dem Sinne der Fiduzia Gebrauch zu machen [9]). Ebenso ist auch abzulehnen diejenige Konstruktion, die darauf abstellt, daß die dem Fiduziar anvertraute Sache „wirtschaftlich" nicht zu dessen Vermögen gehöre, sondern sich im „wirtschaftlichen Ei-

---

[2]) Haab, Komm. Art. 641, N. 31.

[3]) Sieburg, fol. 27, Seuffert, fol. 92, E. Jaeger, Komm. 757 sehen auch den bloßen Besitz als Aussonderungsgrund an.

[4]) Leitfaden, fol. 118.

[5]) Komm. zu Art. 43 DKO., fol. 764.

[6]) Pandekten, fol. 230. Regelsberger, Pand. I, 518, ferner auch Sieburg, fol. 12. Endemann, fol. 345, Busch, fol. 464, Laß, 157, A. M. Stein-Junker, 427.

[7]) Gegen eine Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte dagegen Seuffert, fol. 94; Sohm jun., Widerspruchsklage, 117.

[8]) Vgl. hier namentlich BGE. Bd. 39 II, fol. 809.

[9]) BGE. 31, fol. 109; C. Jaeger, Komm. Art. 197, N. 4; Aeby, l'acte fiduciaire sous le système du droit civil suisse; R. Haab, Komm. Art. 641, N. 23.

[10]) Bl.Zü.R. 5, Nr. 184.

gentum" des Fiduzianten befinde[10]). Das Bundesgericht verlangt daher mit Recht im Entscheide Bd. 39 II, fol. 809, für das Eigentum ein scharfes und objektives Kriterium, das bei körperlichen Sachen nur durch Abstellen auf den absoluten Begriff des Eigentums im eigentlichen juristischen Sinne gewonnen werde. Ein Aussonderungsrecht ist nur dann gegeben, wenn es sich um bloße Uebertragung von Verwaltungsrecht und Verwaltungsmacht handelt, da hier das Eigentum beim Fiduzianten verbleibt[11]). Zu unterscheiden von der fiduziarischen Eigentumsübertragung ist dagegen jener Fall, wo der Parteiwille überhaupt nicht auf eine Uebertragung ging und das betreffende Rechtsgeschäft nur zum Schein vorgenommen wurde. Hier ist das Eigentum beim Veräußerer geblieben und kann dieser daher ohne weiteres aussondern[12]). Ebensowenig können die Gläubiger, die einem Nachlaßvertrage zugestimmt haben, in einem nachfolgenden Konkurse die zur Sicherstellung der Vollziehung des Nachlaßvertrages vom Schuldner hinterlegten Wertschriften oder Barbeträge heraus verlangen, da sie hierauf keinen Eigentumstitel haben[13]).

Das Aussonderungsverfahren kommt nach einem Entscheid des Bundesgerichtes[14]) auch zur Anwendung, wenn vom Dritten nur ein eventueller Eigentumsanspruch geltend ge-

---

[11]) Gerstle, Das reine Treuhandgeschäft im schweiz. Pr.R., Diss. Bern 1917.

[12]) Sieburg, a.a.O., fol. 12. In diesem Sinne kann z. B. Simulationseinrede erhoben werden, wenn der Ansprecher nach der übereinstimmenden Willensmeinung der Parteien nicht Eigentümer von ihm „gekaufter" Sachen werden sollte, sondern daß diese nur eine Sicherheit für von ihm gewährte Darlehen bilden sollten, was nur durch Faustpfandbestellung geschehen kann. ZbJV. Bd. 42 fol. 614.

[13]) BGE. 53 III fol. 87. Im Nachlaßvertrag mit Vermögensabtretung kann die Konkursmasse nur dann auf die Nachlaßvertragsmasse greifen, wenn das Vermögen zur Liquidation abgetreten ist, also noch im Eigentum des Schuldners steht, dagegen nicht, wenn eine Abtretung zu Eigentum an die Gläubigerschaft stattgefunden hat, Doka, a.a.O. fol. 145.

[14]) BGE. 38 I No. 93 (Ehefrau T machte ein Aussonderungsbegehren geltend für den Fall, daß der Anspruch von L nicht geschützt oder mit Erfolg von dritter Seite angefochten werden sollte).

macht wird. Die gen. Instanz begründet ihre Stellungnahme damit, daß die Konkursverwaltung, wenn mehrere Eigentumsansprachen gestellt werden, dieselben nicht abweisen könne, mit der Begründung, daß das Eigentum nur einem Ansprecher zustehen könne, ebensowenig könne sie eine lediglich eventuell, d. h. für den Fall des gerichtlichen Unterliegens des prinzipalen Vindikanten geltende Ansprache einfach ignorieren, zumal das Gesetz selber hier keinen gegenteiligen Standpunkt einnehme. Es seien denn auch wirklich Fälle denkbar, wo der wirkliche Eigentümer seine Ansprache nur eventualiter erheben könne, so z. B. wenn er die zuletzt vom Kridaren detinierten Sachen durch ein Rechtsgeschäft an den prinzipalen Ansprecher veräußert hat, dieses Geschäft aber z. B. mangels gehöriger Tradition gegenüber Dritten, also auch gegenüber der Konkursmasse des Detentors unwirksam sei. In diesem Falle sei der wirkliche Eigentümer vermöge des obligatorischen Verhältnissen zwischen ihm und dem prinzipalen Vindikanten zunächst gehalten, dessen Anspruch auf die Sachen anzuerkennen, könne aber bei gerichtlicher Abweisung desselben die Sache für sich vindizieren, so daß ihm nichts anderes übrig bleibe, als seine Ansprache zunächst eventuell anzumelden. Auch gegenüber solchen eventuellen Ansprachen habe somit die Konkursverwaltung nur die Wahl, sie entweder so wie sie gestellt seien, anzuerkennen oder sie zu bestreiten und dem eventuellen Ansprecher ebenfalls Frist zur Klage anzusetzen.

Die Aussonderungsmöglichkeit nach Art. 242 SchKG. hat vermehrte Bedeutung erlangt, seitdem die Rechtssprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1922 (BGE. 55 II fol. 306) hinsichtlich der Eigentumsübertragung an Fahrnis den bisher betonten, in der Pandektenwissenschaft gelehrten, abstrakten Charakter der Uebereignung aufgegeben und sich der (für Grundstücke bereits in Art. 974 ZGB. übernommenen) Lehre von der kausalen Wirkung der Tradition angeschlossen hat. Nach der abstrakten Auffassung, die Verpflichtungsgeschäft und Tradition von einander losgelöst behandelt, wird der Erwerber voller Eigentümer, auch wenn eine Kausa in Wirklichkeit entweder gar nicht vorhanden oder wenn eine vorhandene nichtig oder an-

fechtbar ist. Nach der Lehre von der kausalen Natur der Tradition jedoch erfolgt beim Fehlen oder bei der Nichtigkeit des Rechtsgrundes kein Eigentumsübergang. Der Veräußerer bleibt also Eigentümer und kann im Konkurs des Erwerbers vermittelst des Aussonderungsverfahrens die Zwangsverwertung fernhalten. Er ist damit in der Lage, die tradierte Sache in natura herauszuverlangen, während er bei Annahme der abstrakten Auffassung nur als gewöhnlicher Konkursgläubiger sich am Konkurs beteiligen könnte, wobei seine Forderung erst noch in der 5. Klasse kolloziert würde und auch dies nur unter der Voraussetzung, daß der Erwerber noch im Besitze der Sache oder einer Gegenleistung für dieselbe ist, weil sonst der Rechtsgrund für die condictio indebiti entfällt.

Bei der Eigentumsübertragung an Grundstücken tritt die dingliche Rechtsänderung ebenfalls nur ein, wenn der Eintrag auf einem gültigen Rechtsgrund beruht. Erfolgt ein Eintrag ohne Rechtsgrund (d. h. die für die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes erforderliche Form ist nicht eingehalten, Art. 965 Abs. 3 ZGB.) oder aus einem unverbindlichen Rechtsgeschäft, Art. 974 ZGB., ist die Eintragung ungerechtfertigt und kann mit der Grundbuchberichtigungsklage nach Art. 975 ZGB., die hier der Klage nach Art. 242 SchKG. entspricht, rückgängig gemacht werden.

Im Anschluß an das Eigentumsrecht sei auch noch untersucht, wie weit beschränkte dingliche Rechte ein Aussonderungsrecht zu begründen vermögen. Endemann[15]) hält dafür, daß auf Grund aller beschränkten dinglichen Rechte ein Aussonderungsanspruch geltend gemacht werden könne, ebenso Seuffert[16]) mit der Begründung, daß aussonderungsberechtigt sei, wer an einem zur Masse gezogenen Gegenstand ein Recht habe, das nicht auf Befriedigung eines Guthabens aus dem Gegenstand gehe. Sieburg[17]) schränkt den Kreis dieser Rechte ein auf Erbbaurecht, Pfandrecht und Niesbrauch, da hier eine Herausgabe der Sache verlangt werden könne. Diese Thesen sind jedoch für unser schweizerisches Konkursrecht abzulehnen, da solche Ansprüche

---

[15]) a.a.O. fol. 343.
[16]) a.a.O. fol. 92,
[17]) a.a.O. fol. 30.

in der Verwertung mit der betreffenden Sache dem Erwerber überbunden werden, wie bei Dienstbarkeiten und Grundlasten, oder dann im Kollokationsverfahren behandelt werden, wie Pfandrechte und Nutznießung[18]). Im Gegensatz zum gemeinen und deutschen Recht vermag auch der bloße Besitz allein keinen Aussonderungsanspruch zu begründen[19]).

II. Aussonderung gestützt auf Eigentumsvorbehalt.

Erfahrungsgemäß stützt sich eine große Zahl der Aussonderungsbegehren auf den Eigentumsvorbehalt nach Art. 715 ZGB., da dieser wie kein anderes Rechtsinstitut berufen ist, den Verkäufer gegen die Gefahren des Verlustes im Konkurse des Käufers zu schützen. Es handelt sich hier um eine suspensiv bedingte Eigentumsübertragung, mit der Wirkung, daß trotz der Tradition der Sache das Eigentum nicht zugleich auf den Erwerber übergeht, der damit bloß unselbständiger Besitzer wird[20]). Derartige Ansprüche werden wie die übrigen Aussonderungsansprüche behandelt und es hat daher auch hier die Konkursverwaltung das Verfahren nach Art. 242 SchKG. einzuschlagen[21]). Die Konkursverwaltung kann aber einem auf Eigentumsvorbehalt sich stützenden Aussonderungsbegehren dadurch entgegentreten, daß sie an Stelle des Schuldners in den Vertrag eintritt und die Kaufpreisrestanz als Masseschuld bezahlt, da nach Blumenstein[22]) der Gemeinschuldner gegen Bezahlung des Kaufpreises einen

---

[18]) Vergl. Blumenstein, fol. 705; C. Jaeger, Komm. Art. 242, N. 3; für Behandlung der Nutznießung im Aussonderungsverfahren jedoch Reichel, Komm. Art. 242, N. 2; letztere kann dagegen Gegenstand des Widerspruchsverfahrens nach Art. 106—109 sein, vergl. C. Jaeger, Komm. Art. 106, Pedrazzini, fol. 24. Vergl. ferner BGE. 41 III 22, wo die Anwendung von Art. 242 SchKG. auf beschränkte dingl. Rechte abgelehnt wird.

[19]) Vergl. N. 3 hievor.

[20]) Leemann, Komm. Art. 715; Oser, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft ZSR, XXIV, fol. 474 u. ff.

[21]) BGE. Bd. 54 III, fol. 34, Bd. 59 III, 3, Laß, fol. 157.

[22]) Handbuch, fol. 641; vgl. ferner Oser, a.a.O., fol. 475; Stückelberg, Der Eigentumsvorbehalt beim Verkauf, ZSR., XVII, fol. 359.

obligatorischen Anspruch auf Uebertragung des Eigentums hat, der, weil vermögensrechtlicher Natur, in die Konkursmasse fällt. Dieser Eintritt in den Kaufvertrag seitens der Konkursverwaltung ist nur dann ausgeschlossen, wenn derselbe mit einem Rücktrittsvorbehalt wegen Zahlungsverzuges verbunden war und derselbe nun tatsächlich eingetreten ist[23]). Demgegenüber bemerken Oser[24]) und Stückelberg[25]), daß ein derartiger Rücktritt vom Vertrag jeglicher Wirkung entbehre, da er im Widerspruch stehe zu Art. 212 SchKG., weil nach dieser Vorschrift ein Verkäufer, welcher dem Gemeinschuldner die verkaufte Sache vor der Konkurseröffnung übertragen hat, nicht mehr vom Vertrage zurücktreten und die übergebene Sache zurückfordern könne, auch wenn er sich dies ausdrücklich vorbehalten habe. Das Bundesgericht[26]) hat nun diese Bedenken weggeräumt und festgestellt, daß Art. 212 sich überhaupt nicht mit der Aussonderung, und daher auch nicht mit dem Eigentumsvorbehalt befaßt, sondern nur in dem Falle den Rücktritt vom Vertrage und die Rücknahme der übergebenen Sache ausschließt, wo die Eigentumsübertragung durch die Tradition stattgefunden hat.

Selbstverständlich ist das Aussonderungsrecht nur dann gegeben, wenn der Eigentumsvorbehalt formrichtig bestellt wurde. Hiezu ist vor allem nach Art. 715 ZGB. die Eintragung in das Eigentumsvorbehaltsregister durch den Betreibungsbeamten des Wohnortes des Erwerbers erforderlich, der absolute konstitutive Bedeutung zukommt[27]). Nun ist der Eigentumsvorbehalt auch dann gültig, wenn Uebergabe der Sache und Registereintrag zeitlich auseinanderfallen, speziell wenn der letztere nach der Uebergabe der Sache erfolgt. Die Eintragung kann grundsätzlich noch vorgenommen werden, wenn der bezügliche Kaufver-

---

23) Blumenstein, fol. 640; C. Jaeger, Komm. Art. 212, N. 5; a. M. v. Salis bei Reichel, fol. 292.

24) a.a.O. fol. 480.

25) a.a.O. fol. 361.

26) BGE. Bd. 25 II, Nr. 53.

27) Leemann, Komm. Art. 715, N. 13.

trag um Jahre zurückliegt[28]). Wie verhält es sich nun aber in dem Falle, wo die Uebergabe der Sache und die vertragliche Vereinbarung des Eigentumsvorbehaltes vorgenommen wurden, aber im Momente der Konkurseröffnung der Registereintrag noch aussteht? Hier ist vorab festzustellen, daß der Schuldner durch die Uebergabe der gekauften Sache, da die bloße Parteivereinbarung den Eigentumsübergang nicht zu verhindern vermag, die Rechtsstellung des Eigentümers erlangt hat, allerdings unter der Resolutivbedingung des Eintrages[29]). Unter diesen Voraussetzungen kommt natürlich einem Registereintrag nach erfolgter Konkurseröffnung keine Bedeutung mehr zu und muß demgemäß auch das Aussonderungsrecht dem Veräußerer versagt werden. Hierin würde implicite eine Rückübertragung des Eigentums vom Erwerber an den Veräußerer liegen, zu der der Schuldner in diesem Zeitpunkt nicht mehr legitimiert ist[30]). Dagegen kann eine nach Art. 2, Al. 2, der bundesgerichtlichen Verordnung über die Eintragung der Eigentumsvorbehalte vor Konkursausbruch erfolgte provisorische Eintragung auch nach Konkurseröffnung in eine definitive übergeführt werden. Ebenso kann auch bei einem Wohnortswechsel durch den Schuldner vor Konkursausbruch die Eintragung am neuen Wohnorte vorgenommen werden, auch wenn inzwischen die Konkurseröffnung erfolgt ist, sofern die neue Eintragung gemäß Art. 3, Al. 2 der cit. Verordnung innerhalb Monatsfrist seit Erwerb des neuen Wohnsitzes erfolgt.

Auch wenn der Eigentumsvorbehalt in rein formellrechtlicher Hinsicht zu keinen Beanstandungen Anlaß gibt, ist das Aussonderungsrecht dennoch zu versagen, wenn der Gegenstand des Kaufvertrages Bestandteil einer anderen Sache, sei es des Gemeinschuldners oder eines Dritten, geworden ist[31]). Anders verhält es sich, wenn der bezügliche Kaufsgegenstand nur Zugehörqualität im Sinne von Art. 644 ZGB. erlangt hat. Trotz Art. 644 u. 805 Al. 1 ZGB. ist es statthaft, daß über eine sich als

---

28) BGE. 42 III fol. 173, ZbJV. Bd. 57, fol. 131, Leemann, a.a.O. N. 13.
29) Leemann, a.a.O. N. 15, SJZ. XIII fol. 269, XVII, fol. 236.
30) Art. 204 SchKG.
31) Vgl. Leemann, Komm. Art. 715, N. 21.

Zugehör qualifizierende Sache besondere rechtliche Verfügungen getroffen werden, in welchem Falle dann eine Verfügung über die Hauptsache sich nicht auch auf den bezüglichen Zugehörgegenstand erstreckt. Es kann daher sehr wohl an Zugehör ein Eigentumsvorbehalt bestellt werden und ist daher auch der Aussonderungsanspruch des Veräußerers zu schützen[32]).

Es kommt in der Praxis öfters vor, daß der Verkäufer einer unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache im Konkurs des Käufers die Aussonderung der übertragenen Sache verlangt und zugleich im Schuldenruf nach Art. 232 für den Gegenwert derselben eine Konkursforderung geltend macht. Es bedarf hier keiner weiteren Erörterungen, daß eine derartige Doppelspurigkeit schlechthin unmöglich ist, da eins das andere ausschließt. Wie soll nun aber in einem solchen Falle die Lösung gefunden werden und wie soll insbesondere die Konkursverwaltung vorgehen? Für das Betreibungsverfahren ist diese Frage gelöst worden. Hier wird ein Verzicht des Gläubigers auf das vorbehaltene Eigentum angenommen, wenn er hinsichtlich dieser Gegenstände eine Betreibung auf Pfandverwertung einleitet oder die Verwertung derselben verlangt[33]). Kann nun in der Generalexecution des Konkurses die Konkursverwaltung aus der bloßen Tatsache der Geltendmachung einer Konkursforderung einen Verzicht auf den Eigentumsvorbehalt erblicken? Das Bundesgericht[34]) hat zu dieser Frage Stellung genommen und erklärt, daß die Frage, ob der Ansprecher durch konkludentes Verhalten auf das Eigentum verzichte, keine solche des Verfahrens sei, da sie nicht die formelle Zulässigkeit des Aussonderungsanspruches, sondern dessen materielle Begründetheit betreffe und daher durch den Richter zu entscheiden sei. Für das Verfahren selber wurde erklärt, daß sich die Konkursverwaltung deshalb so lange nicht auf das Aussonderungsbegehren einzulassen brauche, als der Ansprecher nicht auf die ihm aus der Kollokation bereits erwachsenen Rechte verzichtet.

---

32) Maximen luzern. Obergericht, Bd. IV., N. 437. (1916), ZbJV. Bd. 43 fol. 81, BSchK. Bd. 7 fol. 1.
33) Vergl. BGE. 32 II 131 und Bd. 39 II 119, ZbJV. Bd. 48, 558.
34) BGE. 49 III, fol. 239.

Wir halten diese Stellungnahme des Bundesgerichtes für richtig, speziell auch gegenüber der Ausführung von C. Jaeger[35]), welche theoretisch sowohl eine Konkursforderung für den ausstehenden Kaufpreis, als auch die Geltendmachung des Aussonderungsrechtes zulassen will, außer wo es sich um Abzahlungsgeschäfte handelt, da der Kaufvertrag durch den Konkurs nicht aufgehoben werde und anderseits das Eigentum beansprucht werden könne bis zur vollständigen Abbezahlung des Kaufpreises. Nach eingehenden Ausführungen, auf die wir hier nicht näher eintreten können, kommt Jaeger zum Schluß, daß eine solche Behandlung theoretisch und praktisch Schwierigkeiten bieten würde und daß daher diese Verhältnisse in der Praxis sozusagen nie vorkommen werden. Dagegen sind wir mit Jaeger darin einig, daß vom Verkäufer die Rückgabe der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache verlangt und gleichzeitig eine Konkursforderung nur für den Fall der Abweisung dieses Aussonderungsbegehrens geltend gemacht werden kann. In einem solchen Falle wird die Konkursverwaltung zuerst die Verfügung nach Art. 242 SchKG. erlassen und die Kaufpreisforderung als bedingte Forderung nach Art. 210 eod. behandeln. In zutreffender Weise erblickt Jaeger in diesem Rücknahmebegehren einen Verzicht auf die weitere Erfüllung des Vertrages durch den Gemeinschuldner und auf die weitere Einforderung des Kaufpreises.

Macht der Verkäufer seinen Eigentumsvorbehalt geltend, so hat er nach Art. 716 ZGB. die vom Gemeinschuldner bereits geleisteten Abzahlungen unter Abzug eines angemessenen Mietzinses und einer Entschädigung für Abnützung zurückzuerstatten. Diese letztere Forderung kann mit den geleisteten Abzahlungen verrechnet werden. Hat der Käufer noch gar nichts an den Kaufpreis geleistet, so hat der Veräußerer hiefür natürlich nur eine gewöhnliche Konkursforderung[36]).

---

[35]) Komm. Art. 212, N. 5.

[36]) C. Jaeger, Art. 212, N. 5.
Für die Ansprüche auf Rückerstattung der geleisteten Abschlagszahlungen kann die Konkursverwaltung das Retentionsrecht geltend machen, wofür sie jedoch die Pfandverwertungsbetreibung anzuheben hat, ZbJV. 69, fol. 171.

III. Die Aussonderung beim gemeinschaftlichen Eigentum.

Es ist möglich, daß der Gemeinschuldner Vermögenswerte in seinem Gewahrsam hat, an denen er nicht Alleineigentum, sondern nur die Rechte aus Miteigentum oder Gesamteigentum hat und die nun von der Konkursverwaltung ebenfalls in die Masse einbezogen wurden. Wie weit ist hier nun den übrigen Mit- oder Gesamteigentümern ein Aussonderungsrecht gegeben?

Bezüglich des Miteigentumes lehnt Blumenstein[37]) einen Aussonderungsanspruch ab, während C. Jaeger[38]) bemerkt, daß Vermögensgegenstände, auf welche sich das Miteigentum bezieht, in der Regel nicht zur Masse gezogen werden können, was besagt, daß den übrigen Miteigentümern für den Fall der Admassierung ein Aussonderungsrecht gegeben ist. Wir möchten der Auffassung Jaegers den Vorzug geben, zumal im Konkurs in erster Linie das auf eine bestimmte Quote gehende Miteigentumsrecht und nicht das Miteigentumsobjekt in die Masse einzubeziehen ist, da nach Art. 646 Al. 3 ZGB. jeder Miteigentümer für seinen Anteil die Rechte und Pflichten eines Eigentümers hat, und dieser Anteil von ihm selbständig veräußert, verpfändet und von seinen Gläubigern gepfändet werden kann. Bezüglich im Miteigentum stehender Grundstücke hat nun der nach der verweisenden Vorschrift des Art. 130 VZG. auch im Konkurs zur Anwendung gelangende Art. 73 dieser Verordnung, sowie als Ergänzung hiezu das Kreisschreiben des Bundesgerichtes vom 1. Febr. 1926 betr. Behandlung von Mit- und Gesamteigentum im Konkurs[39]) etwelche Klarheit geschaffen. Vorab wird hier bemerkt, daß die Miteigentumsgemeinschaft durch die Konkurseröffnung nicht berührt wird, woraus folgt, daß der Anteil des Gemeinschuldners als solcher verwertet werden kann und daß der Erwerber einfach an die Stelle des Gemeinschuldners in die Miteigentumsgemeinschaft eintritt. Für

---

[37]) a.a.O. fol. 635, N. 39.

[38]) Komm. Art. 197, N. 1; für Anwendung von Art. 242 auch Reymond, fol. 43, Seuffert, fol. 91. E. Jaeger, Komm. fol. 752.

[39]) BGE. 52 III, N. 17.

das Aussonderungsverfahren selber ist gemäß Art. 73 VZG. entscheidend, ob das Grundstück als solches mit Pfandrechten belastet ist oder nicht. Nur im letzteren Falle ist für die übrigen Miteigentümer ein Aussonderungsrecht gegeben, da hier Gegenstand der Exekution nicht das Grundstück selber, sondern nur der Miteigentumsanteil ist[40]). Ist dagegen das Grundstück als solches, also nicht etwa nur der Anteil des einen oder andern Miteigentümers, mit Grundpfandrechten belastet, so ist gemäß Art. 73 lit. b die Mitwirkung der Aufsichtsbehörde erforderlich. Das Miteigentumsverhältnis muß hier nun vorerst aufgelöst werden, was, falls nach dem Ergebnis der Unterhandlungen eine Versteigerung des Grundstückes sich nicht vermeiden läßt, zu dessen Admassierung führt[41]), womit natürlich das Aussonderungsrecht entfällt.

Beim Gesamteigentum (Eigentumsgemeinschaft zu gesamter Hand ZGB. Art. 652—654; kraft Erbengemeinschaft ZGB. Art. 602 ff., Gemeinderschaft ZGB. Art. 336 ff., Gütergemeinschaft ZGB. Art. 215 ff., einfache Gesellschaft OR. Art. 530 ff., Kollektivgesellschaft OR. Art. 552 ff., Kommanditgesellschaft OR. Art. 590 ff.) kommt das Aussonderungsverfahren nach Art. 242 SchKG. für die übrigen Gemeinschaftsmitglieder aus praktischen Gründen nicht zur Anwendung. Das Eigentum einer solchen Gemeinschaft zu gesamter Hand, an der der Gemeinschuldner beteiligt ist, vermag als solches nicht Bestandteil der Konkursmasse zu sein, sondern nur die Rechte auf das Liquidationsergebnis[42]). Das Liquidationsergebnis muß nun aber vorerst festgestellt werden, wobei zu bemerken ist, daß die Eröffnung des Konkurses über einen Gemeinder, Gesellschafter, Kollektivgesellschafter oder unbeschränkt haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft die Auflösung der Gemeinderschaft, Gesellschaft, Kollektivgesellschaft oder Kommanditgesellschaft nach sich zieht[43]) und daß gleich wie

---

[40]) Art. 73, lit. a VZG.
[41]) Haab, Komm. Art. 646, N. 23.
[42]) C. Jaeger, Komm. Art. 197, N. 1; Otto Fischer, fol. 434; für Zulassung eines Aussonderungsanspruches dagegen Seuffert, fol. 92.
[43]) ZGB. Art. 343, Ziff. 4, OR. Art. 545 Ziff. 3, 572, 611.

jeder Miterbe, so auch die Konkursverwaltung eines in Konkurs geratenen Miterben jederzeit die Teilung der Erbschaft verlangen kann (vergl. vorerw. Kreisschreiben des Bundesgerichtes v. 1926). Die nun folgende Auseinandersetzung und Verwertung eines Gemeinschaftsanteiles richtet sich nach Art. 16 und den darin zitierten weiteren Vorschriften (Art. 9 Abs. 2 und 11) der Verordnung über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen vom 17. Januar 1923. Das Konkurssubstrat ist also faktisch vorerst noch gar nicht vorhanden, sondern muß auf Veranlassung der Konkursverwaltung zuerst gebildet werden; erst nach diesem Vorgang ist eine Admassierung begrifflich möglich. Wenn daher schon vor dieser Auseinandersetzung einzelne der Gemeinschaft zur gesamten Hand gehörende Vermögensobjekte admassiert wurden, so braucht von seiten der übrigen Gesamteigentümer nicht auf dem Wege des Aussonderungsverfahrens gegen die Konkursverwaltung vorgegangen zu werden, sondern es kann vielmehr das Beschwerdeverfahren nach Art. 17 des Gesetzes eingeleitet werden, dahinzielend, daß das Konkursamt die Auseinandersetzung und Feststellung des Liquidationswertes nach der vorerwähnten Verordnung vom 17. Januar 1923 durchzuführen habe[44]). Dagegen ist natürlich durch die Konkursverwaltung das Verfahren nach Art. 242 SchKG. anzuwenden, wenn ganz allgemein die Zugehörigkeit einer im Gewahrsam des Gemeinschuldners befindlichen Sache zu einem der erwähnten Gesamthandvermögen streitig ist. Ebenso ist das Verfahren nach Art. 242 einzuleiten, wenn ein Streit darüber entsteht, ob dem Gemeinschuldner ein Miteigentumsanteil oder nur ein Anteil an einem Gesamthandsverhältnis zusteht[45]).

---

[44]) Unzutreffend daher Reymond, fol. 44; (Seuffert, fol. 92 anerkennt dagegen eine Aussonderungsmöglichkeit, solange keine Auseinandersetzung stattgefunden hat).

[45]) Vgl. Bl.Zü.R. XVIII, 99, Jaeger/Däniker fol. 336.

IV. Aussonderung und Nacherbenrecht.

Sieburg[46]) anerkennt auch ein Aussonderungsrecht des Nacherben im Konkurs des Vorerben, da dieser Anspruch dinglich-ähnlicher Natur sei. Für unser schweizerisches Recht kann ein derartiger Aussonderungsanspruch nicht konstruiert werden, denn der Vorerbe ist nicht nur (wie früher im Privatrecht von Baselstadt) Nutznießer, sondern voller Eigentümer, Universalsuccessor, und zwar in faktischer wie in rechtlicher Hinsicht, nur daß sein Recht resolutiv bedingt ist und er verpflichtet ist, nach Art. 488 ZGB. die Erbschaft einem andern als Nacherben auszuliefern. Er kann daher auch nur mit dieser Resolutivbedingung Rechte auf einen Dritten übertragen, unter Vorbehalt der Regeln über den gutgläubigen Erwerb[47]). Anderseits ist der Nacherbe geschützt durch die Sicherungsmittel des Art. 490 ZGB., spez. durch die Sicherstellung und die Vormerkung der Auslieferungspflicht im Grundbuch nach Art. 960 Z. 3 ZGB. und 73 Gb.Vo. Tuor[48]) bemerkt, daß im Verhältnis zwischen den Gläubigern des Vorerben und dem Nacherben der letztere den ersteren vorgehe, sofern ihm Sicherheit geleiset worden sei; insoweit dies nicht der Fall sei, könne er weder bei Pfändung von Werten der Nacherbschaft noch im Konkurse des Vorerben einen Anspruch geltend machen, womit zum vornherein ein Aussonderungsrecht des Nacherben abgelehnt wird. Aber auch im Falle der erfolgten Sicherstellung dürfte es sich u. E. nicht um ein Aussonderungsrecht des Nacherben handeln, sondern nur darum, daß die gestellten Sicherheiten weiterhin bis zum Anfall der Erbschaft an den Nacherben zugunsten desselben als Sicherungsmittel dienen. Art. 208 SchKG. betr. Fälligkeit der Schuldverpflichtungen kommt hier nicht zur Anwendung, da es sich nicht um eine Schuldverpflichtung als solche

---

[46]) a.a.O., fol. 35.

[47]) Vgl. Tuor, Kommentar, Vorbem. zu Art. 488.

[48]) Kommentar, Art. 490, N. 17.

handelt[49]). Mit E. Jaeger[50]) halten wir dafür, daß auch im schweiz. Recht ein Aussonderungsrecht gegeben ist, wenn während des Konkurses die Nacherbfolge eintritt, da mit diesem Momente die Ansprüche des Nacherben auf die Erbsachaft der Suspensivbedingung entkleidet werden[51]).

V. Das Aussonderungsrecht der Ehefrau.

1. Allgemeines.

Die Stellung der Ehefrau im Konkurs des Ehemannes und insbesondere im Aussonderungsverfahren hat in der rechtsgeschichtlichen Entwicklung verschiedene Wandlungen durchgemacht. Im römischen Recht war die Ehefrau gegenüber den Gläubigern ihres Mannes begünstigt. Das deutsche Recht dagegen, wie übrigens auch das französische, läßt sie völlig hinter dieselben zurücktreten[52]). Die gleiche Tendenz verfolgt auch heute die deutsche Konkursordnung. Hier nimmt die Ehefrau völlig losgelöst vom ehelichen Verhältnis am Konkurse des Ehemannes teil[53]). Sie hat kein Aussonderungsrecht als Ehefrau und auch kein Vorrecht als Ehefrau. Sie steht in bezug auf Aussonderungsansprüche jedem andern Eigentümer gleich, d. h. im Grunde genommen hat sie sogar noch eine ungünstigere Stellung, da ihrem Aussonderungsrecht etwelche Beschränkungen auferlegt sind. Auch in bezug auf ihre Forderungen nimmt sie als gewöhnliche Gläubigerin teil, da sie, im Gegensatz zu Art. 219 unseres schweiz. Rechtes nicht den Vorteil eines Konkursprivilegs genießt[54]).

---

[49]) Auch die Vormerkung der Auslieferungspflicht im Grundbuch begründet kein Aussonderungsrecht, dagegen kann der Nacherbe sein Recht auch gegen den Ersteigerer geltend machen, vgl. Ostertag, Komm. Art. 960, N. 36, Jenni, Oeffentlicher Glaube des Grundbuches, fol. 175.

[50]) Komm. z. DKO. fol. 773.

[51]) Betr. Aussonderung einer Sterbefallsumme durch die Erben nach Ausschlagung der Erbschaft vgl. BGE. Bd. 26 I, fol. 367.

[52]) Vgl. v. Wilmowski, a.a.O., fol. 210.

[53]) v. Völderndorff, a.a.O., fol. 400.

Unsere schweizerische Rechtsentwicklung ist hier im allgemeinen andere Wege gegangen und verfolgte stets gewisse Bestrebungen zum Schutze der Ehefrau. Schon in den alten kantonalen Privatrechtskodifikationen war die Stellung der Ehefrau zur Konkursmasse des Ehemannes vielfach zu ihren Gunsten modifiziert[55]). Im Systeme der Güterverbindung war die Frau stets Vindikantin des noch in natura vorhandenen Frauengutes und hatte für das Fehlende eine Ersatzforderung, die allerdings in den einzelnen Rechten eine verschiedene Behandlung erfuhr. Bezüglich des Aussonderungsrechtes nahm der Kanton Obwalden eine interessante Sonderstellung ein[56]), da die Frau mit ihren Vindikationsansprüchen den zwei ersten Konkursklassen (Forderungen aus Mündel- und Kindergut) nachging. Damit war nicht nur kein Privileg gegeben, sondern Obwalden ließ auch das Frauengut im Konkurse des Mannes für Mündel- und Kindergutsforderungen haften. Erwähnt sei auch noch das Recht von Luzern, da dessen Regelung sich hier deckt mit der Normiemierung im heutigen Recht[57]). Hier fiel das Frauenvermögen, soweit es vorhanden war, der Frau als ihr Eigentum zu. War weniger als die Hälfte vorhanden oder gesichert, so erhielt die Frau bis zum Belaufe dieser einen Hälfte ein Vorrecht in der IV. Klasse, die andere Hälfte wurde in der V. Klasse kolloziert. Waren die Voraussetzungen für das Vorrecht nicht vorhanden, wurde das gesamte Frauenvermögen in der V. Klasse kolloziert (offene Schulden).

Das moderne Recht verbietet grundsätzlich während der Dauer der Ehe ein Zwangsvollstreckungsverfahren unter den Ehegatten, außer wenn die Durchführung der durch Gesetz oder Urteil angeordneten Gütertrennung diese Maßnahme nötig macht[58]). Ist aber durch Begehren von dritter Seite ein Betreibungs- oder Konkursverfahren gegen den Ehemann eröffnet

---

54) Vgl. Kohler, Lehrbuch, fol. 184, Leitfaden 118, Fuchs, fol. 59, Endemann, a.a.O., fol. 355; Fitting, a.a.O. fol. 201.
55) Eugen Huber, Privatrecht I, 327.
56) Eugen Huber, Privatrecht, I, 327.
57) Vgl. § 23 des Gesetzes über die eheliche Vormundschaft; Eugen Huber, Privatrecht I, 328.
58) Art. 173 und 176 ZGB.

worden, so ist die Ehefrau nach Art. 174 ZGB. befugt, sich für ihren Anspruch der Pfändung anzuschließen oder ihre Rechte im Konkurs geltend zu machen. Hier hat sich nun das schweizerische Recht bemüht, den modernen Tendenzen entsprechend die rechtliche Stellung der Frau zu verbessern[59]). Denn von dem Momente an, da die Ehefrau Vermögenswerte in die Ehe einbringt, entsteht auch das Bedürfnis zur Sicherung dieser Objekte. Namentlich wäre es unbillig, wenn sie zusehen müßte, wie im Konkurse des Mannes die Gläubiger sich um ihr Vermögen reißen[60]).

Soweit die Ehefrau an gewissen in natura vorhandenen Vermögensobjekten Eigentum beansprucht, kann sie solche, unter Vorbehalt der Regelung in der Gütergemeinschaft, aus der Konkursmasse des Mannes aussondern. Für das fehlende und nicht anderweitig sichergestellte Eigentum hat sie eine Ersatzforderung, und zwar bis zur Hälfte des eingebrachten Frauengutes in IV. Klasse und für die andere Hälfte in der V. Klasse, sofern die Ehegatten nicht in Gütertrennung leben. Es steht ihr also einerseits ein Aussonderungsrecht und anderseits ein sog. Konkursprivileg zu. Uns interessiert hier namentlich ihre Stellung im Aussonderungsverfahren. Zum vornherein sei bemerkt, daß die Frau nicht alle von ihr eingebrachten und noch in natura vorhandenen Vermögensobjekte an sich ziehen kann. Ein Aussonderungsrecht ist für sie nur insoweit gegeben, als sie noch dinglich berechtigt ist, d. h. soweit ihr am ehelichen Vermögen noch Eigentum zusteht[61]). Sie erhebt also mit ihrem Eigentum einen Anspruch auf Herausgabe derjenigen Objekte, die nach Art. 197 nicht zur Konkursmasse gehören[62]).

---

[59]) Egger, Komm. Art. 160, N. 1.
[60]) H. Saxer, a.a.O., fol. 2.
[61]) Gmür, Komm., Art. 210, N. 17.
[62]) H. Saxer, a.a.O., fol. 21.

2. Sondergut und eheliches Vermögen.

In jeder Ehe stehen sich begrifflich zwei Vermögenskomplexe gegenüber: Das Sondergut und das eheliche Vermögen. Ersteres ist den individuellen Interessen des betreffenden Ehegatten reserviert, während das eheliche Vermögen direkt den Zwekken der Ehe, dem Unterhalt der Ehegatten und ihrer Kinder dienstbar ist und unter einheitlicher Verwaltung und Nutzung steht[63]). Das Sondergut nun stellt ein eigentliches Sondervermögen dar, das einen andern Weg geht als das eheliche Vermögen und auch rechtlich besonderen Bestimmungen unterliegt. Das Sondergut der Ehefrau ist der Verwaltung und Nutzung des Ehemannes entzogen und haftet primär nur für die speziellen persönlichen Schulden der Ehefrau und nur subsidiär, für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Ehemannes, für die Haushaltungsschulden.

Die Objekte des Sondergutes der Ehefrau müssen daher auch immer in ihrem Eigentum stehen, denn Sondergut kann immer nur einen Eigentümer haben[64]). Dementsprechend kann daher die Ehefrau hinsichtlich ihres Sondergutes einen Aussonderungsanspruch geltend machen, sofern sich Gegenstände desselben in der Konkursmasse des Ehemannes befinden[65]). Ansprüche aus der Ueberlassung von Sondergut an den Ehemann kann die Ehefrau dagegen nur als gewöhnliche Kurrentforderung im Konkurse geltend machen. Neben der unprivilegierten Hälfte des Frauengutes genießt das Sondergut kein Vorzugsrecht, da seine Behandlung sich im allgemeinen nach den Regeln der Gütertrennung richtet[66]).

Im Verhältnis zum ehelichen Vermögen gilt das Sondergut als die Ausnahme, das eheliche Vermögen dagegen als die Regel. Das eheliche Vermögen wird daher auch im Zweifel präsumiert[67]). Nach Art. 193 ZGB. ist daher ein Ehegatte, der be-

---

[63]) Tuor, Das schweiz. Zivilgesetzbuch, fol. 172 u. ff.
[64]) Gmür, Komm., Art. 191, N. 7.
[65]) C. Jaeger, Komm. Art. 219, N. 33; Gmür, Komm. Art. 210, N. 23; H. Saxer, a.a.O., fol. 21.
[66]) BGE. 43 III 73; C. Jaeger, Komm. 219, N. 34.
[67]) Tuor, a.a.O., fol. 177.

hauptet, daß ein Vermögenswert zum Sondergut gehöre, hiefür beweispflichtig. Die Ehefrau hat demnach darzutun, daß der betr. Gegenstand nicht nur in ihrem Eigentum stehe, sondern auch, daß er infolge Gesetz oder Rechtsgeschäft Sondergutsqualität erhalten habe[68]). Praktisch hat sie diesen Beweis allerdings nur in der Gütergemeinschaft zu erbringen, da sie hier ihr Eigentum am Eingebrachten verliert und überhaupt nur noch Gegenstände des Sondergutes aussondern kann.

Von besonderer Bedeutung wird für die Ehefrau dagegen die Aussonderungsmöglichkeit für die ihr zu Eigentum zustehenden Bestandteile des ehelichen Vermögens. Dieses eheliche Vermögen besteht nach Gmür[69]) aus denjenigen Vermögenskomplexen, welche dem Zweck der ehelichen Gemeinschaft dienen sollen und daher güterrechtlich mindestens zu einer wirtschaftlichen Einheit verbunden werden, sei es, daß die eingebrachten Güter der beiden Ehegatten im Gesamtgut untergehen, wie bei der Gütergemeinschaft, oder wo dieselben als Eigengüter des Mannes und der Frau weiterhin zu unterscheiden sind, aber doch wenigstens der Verwaltung und Nutzung miteinander verbunden werden, wie bei der Güterverbindung. Hier ist zwar nicht eine Einheit in bezug auf das Eigentum gegeben, wohl aber eine solche in wirtschaftlicher Hinsicht, welche ihr eigenes rechtliches Schicksal hat.

Im Konkurse des Ehemannes können die Gläubiger desselben alles in die Masse einbeziehen, was in dessen Gewahrsam sich befindet, da Eigentum des Mannes an allen Vermögenswerten, also nicht nur am ehelichen Vermögen, sondern auch am Sondergut der Ehefrau vermutet wird (Art. 196 ZGB.). Diese Vermutung hat ihren Grund darin, daß die eheliche Gemeinschaft eine derartige Vermischung der beidseitigen Vermögenswerte mit sich bringt, daß eine Feststellung der wirklichen Eigentumsverhältnisse für den Gläubiger nicht immer möglich ist, zumal auf den Besitz als Form des Mobiliarsachenrechtes nicht durchwegs abgestellt werden kann[70]). Es ist nun Sache der Frau,

---

[68]) Gmür, Komm. Art. 193, N. 3.
[69]) Komm. Vorbem. fol. 327 & ff.
[70]) Wagner, a.a.O. fol. 107.

ihre dingliche Berechtigung an ihrem Eigentum darzutun und die betr. Vermögenswerte dem Masseverband und der Verwertung zu entziehen. Nur soweit sie noch dinglich berechtigt ist, kann sie die betr. Objekte an sich ziehen. In welchem Umfange dies geschehen kann, beurteilt sich nach dem jeweiligen Güterstand.

Zu beachten ist namentlich die für alle Güterstände gemeinsame Bestimmung des Art. 186 Al. 1 ZGB., wonach die Ehefrau alles Vermögen, das ihr seit der Konkurseröffnung anfällt, oder das sie seit diesem Zeitpunkte erwirbt, aus der Masse aussondern kann[71]). Der Konkurs hat nämlich nach Art. 182 ZGB. immer das Eintreten der gesetzlichen Gütertrennung zur Folge, sofern die Gläubiger hiebei zu Verlust kommen (also nicht wenn das Konkursverfahren in einem Nachlaßvertrag endigt[72]). Da der Verlust gegenüber den Gläubigern durch das Ausstellen der Verlustscheine dokumentiert wird, beginnt auch die Gütertrennung nach Art. 186 mit der Ausstellung der Verlustscheine, wird aber, gemäß obiger Vorschrift, in Betreff des Vermögens, das die Ehegatten seit der Konkurseröffnung oder auf andere Weise erworben haben, auf den Zeitpunkt des Erwerbes zurückbezogen. Wie Gmür bemerkt, bezieht sich diese Vorschrift nicht nur auf Erbschaften: sondern auch auf Geschenke, Erträgnisse des Frauengutes, Einkommen aus Arbeit, selbst auch auf entgeltliche Erwerbung von Vermögenswerten; alle diese Objekte kann daher die Frau als ihr Eigentum aus der Konkursmasse des Mannes herausverlangen. Dies gilt auch Dritten gegenüber, da die gesetzliche Gütertrennung nach Art. 182 Abs. 1 ZGB. nicht mit der Eintragung ins Güterrechtsregister, sondern mit der Ausstellung der Verlustscheine wirksam wird, trotzdem Art. 18 Güt.Reg.Vo. eine amtliche Anmeldung vorsieht.

In allen diesen Fällen, wo die Ehefrau ein Aussonderungsrecht gegenüber der Konkursmasse des Mannes geltend macht, sei es, daß sie Eigentum am ehelichen Vermögen behauptet oder daß sie in die Masse einbezogene Objekte als ihr Sondergut an-

---

71) C. Jaeger, Komm. Art. 219, N. 33. Gmür, Komm. Art. 186 N. 4 und 210 N. 7. Saxer, a.a.O. fol. 33.

72) Gmür, Komm. Art. 182, N. 10.

spricht, wird ihr von der Konkursverwaltung im Verfahren nach Art. 242 SchKG., da sie nach Art. 193 und 196 ZGB. die Beweislast trägt, die Klägerrolle zugewiesen.

3. Die einzelnen Güterstände.

a) Güterverbindung. Die größte Bedeutung hat das Aussonderungsrecht der Ehefrau bei den unter dem Güterstande der Güterverbindung lebenden Ehegatten, da hier getrennte Eigentumsverhältnisse gegeben sind. Die Ehefrau kann ihr ganzes in natura vorhandenes Frauengut, als nicht zur Konkursmasse des Mannes gehörig und daher der Zwangsverwertung nicht unterliegend, von der Konkursverwaltung herausverlangen. Es bestimmt demgemäß auch Art. 210 Abs. 3 ZGB., daß die Ehefrau im Konkurse des Ehemannes die noch vorhandenen Vermögenswerte als Eigentümerin an sich ziehen könne. Es ist diese Bestimmung nichts anderes als die logische Folgerung von Art. 195 ZGB., der der Ehefrau das Eigentumsrecht am eingebrachten Frauengut ausdrücklich festlegt. Der Ausdruck „an sich ziehen" will jedoch nicht besagen, daß nun die Ehefrau auf dem Wege der Selbsthilfe oder durch Verheimlichung bei der Inventaraufnahme ihr Recht geltend machen könne. Denn wie einleitend bemerkt, sind bei der Feststellung der Konkursmasse Sachen, welche als Eigentum dritter Personen bezeichnet, oder von dritten Personen als ihr Eigentum beansprucht werden, unter Vormerkung dieses Umstandes gleichwohl im Inventar aufzuzeichnen[73]). Die Ehefrau hat vielmehr ihren Aussonderungsanspruch formell geltend zu machen, worauf die konkursamtlichen Organe die nötigen rechtlichen Vorkehren zu treffen haben. Schlußendlich ist die Entscheidung der Frage über die Zugehörigkeit einer Sache zum ehelichen Vermögen (oder Sondergut) eine Angelegenheit des Richters.

Die Ehefrau kann vor allem ein Aussonderungsrecht geltend machen für in natura vorhandene Vermögenswerte, die ihr bereits zur Zeit der Eheschließung gehört haben, wie z. B. die Mit-

---

[73]) Art. 225 SchKG., Art. 34 KV.

gift oder die Aussteuer (ein Teil derselben wird der Natur der Sache nach gewöhnlich Sondergutsqualität haben, Art. 191 Ziff. 1 ZGB., was den Beweis des Eigentums erleichtern dürfte.) Im weitern erstreckt sich auch das Aussonderungsrecht auf alle noch vorhandenen Vermögenswerte, die ihr während der Ehe infolge von Erbgang oder auf andere Weise (Schenkung etc.) unentgeltlich zugefallen sind[74]). Das deutsche Konkursrecht hat hier das Aussonderungsrecht der Ehefrau beschränkt. Nach § 45 DKO. kann die Ehefrau, wenn sie während der Ehe Gegenstände mit Vermögen des Ehemannes erworben hat, kein Aussonderungsrecht geltend machen, sondern dieselben fallen in die Konkursmasse des Mannes, wie wenn sie für den Mann erworben worden wären. Kohler[75]) begründet diesen Standpunkt damit, daß der Gesetzgeber Vorsorge treffen müsse, daß die Ehefrau ihre Stellung nicht mißbrauchen könne, um das Vermögen des Mannes auszuschöpfen und auf sich übertragen zu lassen, um hernach den Gläubigern des Mannes die Zugriffsmittel zu nehmen. Um diese Bestimmung zu sichern, wurde die Präsumption aufgestellt, daß das von der Ehefrau während der Ehe erworbene Vermögen durch die Mittel des Mannes erworben worden sei. Die Ehefrau hat daher den Gegenbeweis zu leisten, und zwar nicht nur in dem Sinne, daß sie Eigentumsrechte an den herausverlangten Objekten habe, sondern auch, daß sie dartut, daß sie dieselben nicht mit Mitteln des Ehemannes erworben habe[76]).

Unser schweizerisches Recht dagegen kennt keine derartige Beschränkung des Aussonderungsanspruches. Dafür stellt Art. 196 Abs. 1 ZGB. speziell zum Schutze der Gläubigerinteressen eine Beweislastregel (und nicht etwa eine Präsumption) auf in dem Sinne, daß die Ehefrau (oder auch der Ehemann), wenn sie behauptet, daß ein Vermögenswert zum Frauengut gehöre, hiefür beweispflichtig wird, was besonders für die Klage nach Art. 242 SchKG. von großer Bedeutung ist. Nicht maßgebend für die

---

[74]) Art. 195 Abs. 1 ZGB.

[75]) Leitfaden, fol. 118; derselbe, Lehrbuch, fol. 184.

[76]) Fitting, a.a.O., fol. 201.

Beweislast ist die Parteirolle[77]). Infolge der Beweispflicht der Ehefrau und Unterlassung hinreichender Feststellung des Einbringens, kann es vorkommen, daß trotz Art. 210 Al. 3 ZGB. das Frauengut den Gläubigern des Mannes verfällt[78]).

Das Aussonderungsrecht der Ehefrau bezieht sich auch auf diejenigen Vermögenswerte, die während der Ehe zum Ersatz für andere angeschafft worden sind, weil in Art. 196 Abs. 2 der Grundsatz der dinglichen Surrogation (res succedit in locum pretii) aufgenommen wurde. Diese Bestimmung hat ihren Grund in dem Bestreben, das Frauengut in seinem Bestande möglichst zu erhalten und damit der Ehefrau das Aussonderungsrecht zu gewährleisten[79]). Diese Bestimmungen beziehen sich nicht nur auf Haushaltungsgegenstände wie im deutschen Recht, sondern auch auf andere bewegliche Sachen, Forderungen und Liegenschaften, nur müssen sie als Anschaffungen angesehen werden, d. h. es müssen gegen Entgelt Vermögenswerte erworben werden. Dagegen brauchen die Anschaffungen nicht gleicher Art zu sein wie die nicht mehr vorhandenen Werte[80]), so daß z. B. an Stelle von Wertpapieren Grundstücke treten können. Erforderlich ist ferner, daß die Anschaffung zum Ersatz für andere Vermögenswerte der Ehefrau erfolgten, was sich aus den einzelnen Umständen ergeben wird, wie z. B. zeitliche Aufeinanderfolge, Aeußerungen der Beteiligten etc. Es ist auch nicht notwendig, daß die Ersatzanschaffung nur aus Frauengutsmitteln erfolgen muß; macht aber der Mann eine Anschaffung, die mehr wert ist als das ersetzte Objekt, so sind u. E. die Voraussetzungen der Anfechtungsklage gegeben.

Art. 196 Abs. 2 ZGB. stellt nur eine Vermutung zugunsten der Surrogation auf. Bei der Aussonderung hat daher die Ehefrau nur das Vorhandensein von Ersatzanschaffungen für nicht mehr vorhandene Frauengutswerte nachzuweisen, um ihre Ansprüche geltend machen zu können. Gegenüber dieser Vermutung können die Gläubiger dartun, daß keine Surrogation vor-

---

[77]) SJZ. XIII, 348.
[78]) Gmür, Komm. Art. 196, N. 11.
[79]) Gmür, Komm. Art. 196, N. 18, Saxer, fol. 24.
[80]) Egger, Komm. Art. 196, N. 9.

liege, weil die Absicht des Mannes nicht dahin ging, für das Frauengut zu erwerben[81]).

Das Aussonderungsrecht der Ehefrau entfällt hingegen, wenn unter den Ehegatten die sog. Gütereinheit nach Art. 199 ZGB. besteht, da hier das eingebrachte Frauengut in das alleinige Eigentum des Mannes übergeht und damit in dessen Konkursmasse fällt. Der Ehefrau bleibt nur noch eine, allerdings zur Hälfte privilegierte Ersatzforderung, wenn sie nicht rechtzeitig vor Konkursausbruch Gütertrennung verlangt. Ein Aussonderungsrecht ist, wie bereits früher bemerkt, auch nicht gegeben hinsichtlich von der Ehefrau eingebrachtem Bargeld, anderen vertretbaren Sachen und Inhaberpapieren, die nur der Gattung nach bestimmt sind, da alle diese Werte nach Art. 201 ZGB. von Gesetzes wegen in das Eigentum des Ehemannes übergehen, sobald sein Verwaltungsrecht in Kraft tritt, d. h. sobald die Einbringung erfolgt. Auch hier erhält die Frau für den Wert des Eingebrachten nur eine Ersatzforderung.

Art. 211 ZGB. bestimmt, daß die Ehefrau, wenn sie durch die Zurücknahme ihres Eigentums und den ihr gegebenen Sicherheiten nicht für die Hälfte des eingebrachten Frauengutes gedeckt ist, für den Rest dieser Hälfte ein Vorrecht im Sinne des Konkursrechtes hat. Hier ist vorerst zu bemerken, daß die Ehefrau ihr noch vorhandenes Eigentum voll und ganz aussondern kann, selbst dann, wenn sie dadurch mehr als die Hälfte ihres eingebrachten Gutes erhält. Für die Restforderung kommt sie in die V. Klasse des Kollokationsplanes[82]). Welches sind nun aber die näheren Beziehungen zwischen Aussonderungsanspruch und Konkursprivileg? Es ist insbesondere zu untersuchen, ob der Ehefrau ein Wahlrecht zwischen beiden zustehe, in dem Sinne, daß sie auf ihren Aussonderungsanspruch ganz oder teilweise verzichtet und dafür ihr Konkursprivileg geltend macht. Ein Interesse hiefür ist namentlich dann gegeben, wenn den betr. Vermögenswerten erhebliche Wertverminderungen drohen. Die Geltendmachung der privilegierten Konkursforderung an

---

[81]) Gmür, Komm. Art. 196, N. 28, Egger, Komm. Art. 196, N. 10. H. Saxer, a.a.O. fol. 25.

[82]) Gmür, Komm. Art. 211, N. 12.

Stelle des Aussonderungsrechtes hätte namentlich zur Folge, daß dieses Risiko auf die Masse übergehen würde und diese daher bei einer ungünstigen Verwertung die Differenz gegenüber der Ersatzforderung an sich tragen müßte, was ihr entschieden nicht zugemutet werden kann. Wir möchten uns daher der Auffassung von Gmür und H. Saxer[83]), die dieses Wahlrecht ablehnen, anschließen, speziell da die Praxis im Pfändungsverfahren gleicherweise die Teilnahme der Ehefrau an einer Pfändung gegen ihren Mann für ihr Eingebrachtes nicht zuläßt, soweit sie letzteres in natura zurücknehmen kann[84]). Wenn daher die Ehefrau eine derartige Ersatzforderung geltend macht, so wird die Konkursverwaltung die bezüglichen Gegenstände von sich aus der Ehefrau aus dem Massebeschlag freigeben und die bezügliche Ersatzforderung im Kollokationsplan abweisen. Beim Vorhandensein eines dinglichen Anspruches muß also die Frau ihren Aussonderungsanspruch geltend machen. Erfolgt aber hierauf seitens der Konkursverwaltung eine Klagefristansetzung nach Art. 242, so ist die Ehefrau billigerweise nicht verpflichtet, noch weiterhin ihren Aussonderungsanspruch aufrecht zu erhalten und den Klageweg zu beschreiten. In diesem Falle kann sie vielmehr, da die Konkursverwaltung selber ihrem Aussonderungsbegehren opponiert und dasselbe bestreitet, die privilegierte Ersatzforderung geltend machen. Gmür[85]) bemerkt, daß die Ehefrau, wenn sie die Geltendmachung ihres Eigentumsanspruches unterlasse und insbesondere die Klagefrist von Art. 242 nicht innehalte, zufolge eigenen Verschuldens bei Berechnung der Ersatzforderung die verwirkten Eigentumsansprüche dennoch in Anrechnung bringen lassen müsse. Dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Denn abgesehen davon, daß die Ehefrau, wenn sie die Bestreitung ihres Anspruches seitens der Konkursverwaltung akzeptiert und die Klage unterläßt, noch kein Verschulden trifft, so bedeutet das Unterlassen der Klage für die Konkursverwaltung nur, daß die betr. Gegenstände nun unbestritten zur Masse gehören. In gleicher Weise wird auch

---

[83]) Gmür, Komm. Art. 211, N. 12, Saxer, fol. 33.
[84]) ZbJV. 51, S. 566.
[85]) Komm. Art. 211, N. 13.

dann, wenn die Ehefrau im Aussonderungsprozesse nach Art. 242 unterliegt, nur festgestellt, daß die betreffenden Vermögensobjekte in die Konkursmasse des Mannes fallen, womit aber, wie Gmür selber bemerkt, ihre privilegierte Ersatzforderung noch nicht verwirkt ist, soweit sie solche nachweisen kann.

b) Gütergemeinschaft. Hier hat das Aussonderungsrecht der Ehefrau keine große Bedeutung, denn hier bildet das eheliche Vermögen nicht nur eine wirtschaftliche Einheit wie bei der Güterverbindung, sondern auch eine Einheit dem Eigentum nach. Eigengut von Mann und Frau werden zum Gesamtgut vereinigt und es entsteht unter den Ehegatten eine Gemeinschaft zur gesamten Hand[86]), und zwar ebensowohl am ungeteilten Ganzen wie auch an den einzelnen Bestandteilen desselben[87]). Das Frauengut ist damit im Gesamtgut untergegangen und sind daher auch die Voraussetzungen für das Aussonderungsrecht nicht mehr gegeben[88]). Die gleiche Regelung gilt auch für die Errungenschaftsgemeinschaft. Dagegen hat die Ehefrau weiterhin ein Aussonderungsrecht hinsichtlich des Sondergutes und derjenigen Vermögenswerte, die nach Art. 237—239 ZGB. von der allgemeinen Gütergemeinschaft ausgenommen wurden.

c) Gütertrennung. Wichtiger ist dagegen das Aussonderungsrecht für die unter dem Güterstande der Gütertrennung stehende Ehefrau. Wie in der Güterverbindung behält auch hier die Ehefrau volles Eigentum an ihrem Vermögen, nur wird die Trennung des Eigentums schärfer durchgeführt. So bleibt der Ehefrau nach Gmür[89]) entgegen der Regel von Art. 201 Abs. 3 ZGB., auch weiterhin das Eigentum an Bargeld, vertretbaren Sachen und der Gattung nach bestimmten Inhaberpapieren. Des fernern hat die Frau Eigentum nicht bloß an ihrem Eingebrachten, sondern auch an ihrer Errungenschaft. Befinden sich derartige Vermögensbestandteile im Besitze des Ehemannes, so

---

[86]) Tuor, Das schweiz. Zivilgesetzbuch, fol. 194; Gmür, Komm. Art. 215, N. 8; Egger, Komm. Art. 215, N. 7.

[87]) Gierke, Deutsches Privatrecht, II, S. 389.

[88]) Dagegen bleibt der Ehefrau die privilegierte Ersatzforderung.

[89]) Komm. Art. 242, N. 3.

[90]) Dieselbe bleibt bestehen bis zu einer richterlichen Aufhebung nach Art. 187 ZGB.

kann sie dieselben aus dessen Konkursmasse herausverlangen und ihren Aussonderungsanspruch geltend machen. (Für das Fehlende hat sie eine Ersatzforderung, aber ohne Konkursprivileg.)

Dieses Aussonderungsrecht kraft Gütertrennung ist noch besonders wichtig für den Fall, daß später über den Ehemann ein zweiter Konkurs eröffnet wird. Infolge des ersten Konkurses trat von Gesetzes wegen unter den Ehegatten Gütertrennung ein[90]) und kann nun in diesem Falle die Ehefrau nach Art. 188 Abs. 3 ZGB. alles aussondern, was sie aus dem früheren Konkurse herausbekommen hat[91]), und dazu natürlich alle diejenigen Vermögensobjekte, die ihr nach Abschluß des ersten Konkurses, also während des neuen Güterverhältnisses der Gütertrennung, angefallen sind[92]).

B. Die Aussonderung auf Grund obligatorischer Rechtsverhältnisse.

Es ist weiterhin zu untersuchen, ob neben dem Eigentumsrecht, das a priori einen Aussonderungsanspruch begründet, auch rein obligatorische Rechte eine Aussonderung aus der Konkursmasse zu begründen vermögen.

Blumenstein[1]) sieht die Erhebung eines Eigentumsanspruches seitens des Dritten an der im Gewahrsam der Konkursverwaltung befindlichen Sache als Voraussetzung des Aussonderungsverfahrens an und lehnt die Zulässigkeit obligatorischer Aussonderungsansprüche mit Rücksicht auf Art. 211 Al. 1 SchKG. ab, weil Forderungen, die nicht eine Geldzahlung zum Gegenstande haben, in Geldforderungen von entsprechendem Werte umgewandelt werden müssen. Einen ablehnenden Standpunkt

---

91) Vgl. C. Jaeger, Komm. Art. 219, N. 34; Gmür, Komm. Art. 188, N. 27; H. Saxer, fol. 60.

92) Ueber die Verhältnisse in intertemporaler und internationaler Beziehung vgl. H. Saxer, fol. 76 u. ff.

1) Handbuch, fol. 765.

vertritt in dieser Frage auch Reichel[2]). Demgegenüber hält C. Jaeger[3]) dafür, daß es ausnahmsweise Aussonderungsberechtigte gebe, welche ihr Aussonderungsrecht nur auf obligatorische Ansprüche stützen können und für welche das Aussonderungsverfahren daher ebenfalls zur Anwendung kommen müsse.

Wie verhält sich nun der Wortlaut des Gesetzes zu dieser Kontroverse? Hier überbindet nun zunächst Art. 232 SchKG. dem Konkursamt die Pflicht zum Erlaß einer Aufforderung zur Konkurseingabe an alle diejenigen, welche Ansprüche auf die in Händen des Schuldners befindlichen Vermögensstücke haben. Eine nähere Präzisierung, speziell eine Beschränkung auf die Eigentumsansprüche ist hierin nicht enthalten. Dagegen spricht nun der die Aussonderung speziell normierende Art. 242 SchKG. (im Gegensatz zu § 43 der DKO., wo die obligatorischen Aussonderungsgründe ausdrücklich erwähnt sind), nur von Sachen, welche von einem Dritten als „Eigentum" angesprochen werden. Auch die Art. 34 u. 45 KV. sprechen immer nur von Eigentumsansprüchen und erwähnen obligatorische Rechte mit keinem Worte. Kann nun aus dieser Tatsache der Schluß gezogen werden, daß der Gesetzgeber persönliche Rechte von der Aussonderung ausschließen wollte? Wir glauben, diese Frage verneinend beantworten zu müssen. Einmal ist der Eigentumsanspruch nur der Normalfall[4]) und dann sprechen Sinn und Zweck des ganzen Verfahrens dafür, daß obligatorische Rechte unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls einen Aussonderungsanspruch zu begründen vermöge, wenn auch die Mehrzahl der Aussonderungsberechtigten, die ihre Aussonderungsansprüche durch ein obligatorisches Rechtsverhältnis zu begründen vermögen, sich zugleich auf ihr Eigentumsrecht berufen kön-

---

[2]) Komm. Art. 242; für Zulassung im Widerspruchsverfahren nach Art. 106 u. ff. dagegen in ZbJV. Bd. 31 fol. 523, in Gegensatz zu Pedrazzini, a.a.O., fol. 27.

[3]) Komm. Art. 242, N. 2 D; in gleichem Sinne auch Reymond, fol. 48, von Overbeck, fol. 162, Laß, fol. 156.

[4]) C. Jaeger, Komm. Art. 242, N. 3.

nen[5]). Dadurch wird dem Ansprecher der oft schwierige Eigentumsbeweis unter Umständen ganz erspart, außer, wenn es trotz Feststellung des obligatorischen Anspruches zweifelhaft erscheint, ob die Sache nicht etwa doch dem Schuldner gehöre[6]).

Auch J. Kohler vertritt in Anlehnung an den Wortlaut der deutschen Konkurs-Ordnung stets den Standpunkt, daß ein Aussonderungsanspruch sich nicht nur auf ein dingliches Recht zu stützen braucht, sondern auch dann gegeben ist, wenn ein schuldrechtlicher Anspruch in Frage steht, kraft dessen ein Gegenstand, der im Besitze der Gläubigerschaft sich befindet, aber dem Schuldner nicht gehört und daher vom Beschlagsrecht der Gläubiger nicht ergriffen wird, herausverlangt werden kann[7]). In Uebereinstimmung mit Kohler anerkennt auch E. Jaeger[8]) in Schuldverhältnissen begründete Aussonderungsansprüche, da der Tatbestand einer Empfangnahme zur Miete, Leihe etc. darauf hindeute, daß der Empfänger nicht Eigentümer der Sache

---

[5]) Nach Pedrazzini, fol. 29, kann sich der Dritte nicht damit begnügen, das obligatorische Verhältnis auf Herausgabe und Freigabe der Sache nachzuweisen, sondern hat den Eigentumsbeweis anzutreten, eine Ansicht, die als zu weit gehend, abzulehnen ist. Für Zulassung obligatorischer Aussonderungsansprüche auch Bl.Zü.R. Bd. V, Nr. 34, wo auch dem Pfändungs- bzw. Arrestgläubiger ein Aussonderungsrecht an den gepfändeten bzw. arrestierten Gegenständen, welche sich im Besitze der Konkursmasse eines dritten Ansprechers befinden, zuerkannt wird, obgleich ihm keine dinglichen Rechte zustehen und nichts entgegenstehe, darartige Klagen auch als Aussonderungsansprüche nach Art. 242 SchKG. zu behandeln; ferner a.a.O. Nr. 184. In gleichem Sinne auch Schlatter, der diese Ansprecher zu den Vindikanten in weiterem Sinne rechnet.

[6]) E. Jaeger, Komm. DKO., fol. 742, v. Wilmowski, fol. 199.

[7]) Lehrbuch, fol. 155, Leitfaden, fol. 102; Grundriß des Zivilprazesses, fol. 158, id. in Holtzendorff Encycl., fol. 382. Für Zulassung persönlicher Aussonderungsgründe auch schon die Motive zum II. Entwurf der Deutschen Konkurs-Ordnung, wo bemerkt wird, daß für die Aussonderung weder ein Beweis der Vindikation, noch des wirklichen oder prätorischen Eigentümers, sondern nur ein Beweis des die Aussonderung begründenden Verhältnisses verlangt werde.

[8]) Komm. z. DKO. fol. 651 u. ff. In gleichem Sinne auch Endemann, fol. 342, Hellmann, in Birkmeyers Encycl. fol. 723, Rintelen fol. 272, L. Busch, fol. 463, Otto Fischer, fol. 434, Sieburg, fol. 32.

sei. Der Wortlaut des Art. 242[9]) ist daher zu eng, da sich das Aussonderungsverfahren nicht nur auf die Eigentumsansprüche im engeren Sinne bezieht. Selbstverständlich ist nun nicht jedes beliebige obligatorische Rechtsverhältnis zur Aussonderung geeignet, es müssen hiezu vielmehr ganz bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein. Eine solche liegt einmal darin, daß durch das Rechtsgrundgeschäft kein Eigentum an den Gemeinschuldner übertragen werden dürfte[10]), da dadurch die betreffende Sache ohne weiteres Massebestandteil würde. Daß der Aussonderungsansprecher selber Eigentümer sei, ist dagegen nicht notwendig[11]). Keine Aussonderung ist daher möglich bei Kauf, Tausch, Darlehen, Werkvertrag oder ungerechtfertigter Bereicherung. Auch der Rücktritt vom Vertrag kann keinen Aussonderungsanspruch begründen[12]). Weiterhin ist erforderlich, daß der Aussonderungsansprecher nicht etwa nur Uebergabe oder Lieferung von Sachen, die sich in der Masse befinden, verlangen kann, wie z. B. da, wo der Schuldner eine Sache verkauft, aber sie noch nicht übereignet hat[13]), sondern einen Anspruch auf Herausgabe derselben hat, um mit dem Wortlaut von Art. 242 zu reden. E. Jaeger[14]) bezeichnet den letzteren als Herausgabeanspruch, im Gegensatz zu dem der Aussonderungskraft entbehrenden Verschaffungsanspruch. Eine Aussonderung ist also z. B. möglich, wenn der Mieter den Mietgegenstand durch Untermiete weiter begeben hat und der Untermieter in Konkurs kommt. Trotzdem also der Mieter kein Eigentum hat, muß ihm dennoch nach der Natur der Sache ein Aussonderungsrecht zuerkannt werden, wie dies auch C. Jaeger[15]) annimmt, mit der Begründung, daß der

---

[9]) Wie übrigens auch derjenige von Art. 106 SchKG., vergl. C. Jaeger, Komm. Art. 106, N. 5.

[10]) Sieburg, fol. 32.

[11]) id., v. Sarwey-Bossert, fol. 197.

[12]) Petersen-Kleinfeller, § 43, Anm. 3; Sieburg, fol. 32.

[13]) C. Jaeger, Art. 106, N. 5, Pedrazzini, fol. 28, BGE. 24 I fol. 348, (Klage auf Haltung eines Liegenschaftskaufes ist nicht Eigentumsanspruch), ferner E. Jaeger, Komm. DKO. 651.

[14]) Komm. DKO. fol. 741 & ff.

[15]) Komm. Art. 106 N. 5.

Mieter gegenüber der Konkursmasse des Untermieters ein besseres Recht auf den Besitz habe. Desgleichen kommen auch in Betracht Gebrauchsleihe und speziell der Hinterlegungsvertrag[16]). Bezüglich letzterem ist jedoch die Aussonderung ausgeschlossen, wenn es sich um ein Bankverwahrungsgeschäft handelt, mit der Abrede, daß der Aufbewahrer nicht die übergebenen Stücke, sondern die gleiche Geldsumme oder dieselbe Anzahl von gleichartigen Wertpapieren zurückzugeben habe, was bei unverschlossener Hingabe von Geld vermutet wird[17]). Hierher kann auch gehören der Anspruch des Verpfänders auf Rückgabe der verpfändeten Sache, nach dem Erlöschen des Pfandrechtes[18]), ebenso die Rückerstattung einer geleisteten Kaution[19]). Bei Konkurrenz von dinglichen und obligatorischen Aussonderungsansprüchen ist dem Begehren desjenigen stattzugeben, der außerhalb des Verfahrens zum Besitze allein berechtigt ist[20]).

Einen Aussonderungsanspruch besitzt auch das Kaufsrecht bei Grundstücken (OR. 217), sofern dasselbe im Grundbuch vorgemerkt ist (Art. 959 ZGB.). Die Ausübung desselben führt zur Aussonderung des Grundstückes weil vorgemerkte Kaufsrechte durch die Vormerkung Wirkung gegenüber jedem später erworbenen (auch dinglichen) Recht haben, Art. 959 Abs. 2 ZGB. Die Konkursverwaltung hat daher dem Grundbuchamt die Eintragungsbewilligung zu Gunsten des Kaufrechts-Berechtigten abzugeben[21]). Der Kaufpreis fällt selbstredend in die Konkursmasse. Nur in dem Falle geht das vorgemerkte Recht unter, wenn das höchste Angebot für das Steigerungsgrundstück das letzte vor der Vormerkung eingetragene dingliche Recht eines Dritten beim Ausruf mit dem übernehmenden vorgemerkten Recht nicht vollständig deckt, sofern der hieraus

---

16) Auch dann, wenn es sich um die Hinterlegung einer streitigen Summe handelt, BGE. 42 III fol. 363.

17) Art. 481 OR., Guhl, Obligationenrecht fol. 359.

18) E. Jaeger, Komm. DKO. fol. 759.

19) Ausgenommen ist eine Barkaution.

20) H. von Häfen, a.a.O. § 3, Markowitz, a.a.O. fol. 6, E. Jaeger, Komm. DKO. 742, v. Völderndorff, § 35 e, Sieburg, fol. 33.

21) Haab, Komm. Art. 683, N. 11.

Berechtigte der Vormerkung des Kaufrechtes nicht zugestimmt hat. Auf dessen Verlangen findet der doppelte Ausruf nach Art. 141 und 258 SchKG. statt[22]). Wird im Verlauf des Konkursverfahrens ein nicht vorgemerktes Kaufsrecht ausgeübt, hat die Konkursverwaltung die Wahl, ob sie die Verpflichtung des Schuldners aus dem derart entstandenen Kaufsschuldverhältnis erfüllen will oder nicht, Art. 211 SchKG.[23]).

§ 8. Die Aussonderung auf Grund konkursrechtlicher Bestimmungen.

I. Die Aussonderung von Inhaber- und Ordrepapieren.

Neben den Aussonderungsansprüchen des Zivilrechtes bestehen nach Art. 201—203 SchKG. noch besondere konkursrechtliche Aussonderungsgründe. Das Gesetz schränkt hier das sonst gegebene Admassierungsrecht der Gläubigerschaft ein, weil eine durch die Eigenart des formellen Rechtes begründete ungerechtfertigte Benützung fremder Vermögensobjekte vorliegen würde. Kohler bezeichnet diese Aussonderungsgründe als vindicatio utilis, und erblickt hierin eine exceptio doli gegenüber dem Beschlagsrecht der Konkursmasse[1]).

Ein solcher Aussonderungsanspruch, der sich deckt mit § 109 des Heuslerschen Entwurfes von 1874[2]), ist nach Art. 201 SchKG. dann gegeben, wenn sich in den Händen des Gemeinschuldners ein Inhaberpapier oder ein Ordrepapier befindet, welches ihm bloß zur Einkassierung oder als Deckung für eine bestimmt bezeichnete künftige Zahlung übergeben oder indossiert

---

22) Jenny, a.a.O. fol. 160.
23) Haab, a.a.O. Art. 683, N. 11.
1) Lehrbuch, fol. 181. Von einer eingehenden Behandlung dieser konkursrechtlichen Aussonderungsgründe — Art. 201—203 SchKG. — müssen wir hier absehen; es sei diesbezüglich verwiesen auf die Kommentare und Reymond, a.a.O., fol. 58 u. ff.
2) Vgl. Motive v. A. Heusler, fol. 119.

wurde. Der Grund zu dieser Regelung liegt, wie Kohler[3]) bemerkt, in einer Handelsgewohnheit, da solche Papiere, namentlich Wechsel, zu den erwähnten Zwecken nicht durch Prokuraindossamente, sondern durch Vollindossament übertragen werden, da ersteres im Geschäftsverkehr nicht beliebt ist. Durch Vollindossament gehen nun aber Wechsel- und Wechselforderung an den Indossataren über, obwohl die Indossierung nur der Ausfluß eines zwischen den Parteien bestehenden Mandatsverhältnisses[4]) ist und eine Uebertragung zu Eigentum gar nicht bezweckt wird. Es handelt sich also um einen jener Fälle, in welchen die Forderung beim Gläubiger bleiben soll. Das Papier aber, welches die Forderung trägt, wird scheinbar dem Schuldner als Eigentum überlassen[5]). Hier wäre es ungerecht, die Papiere als Eigentum des Schuldners zu behandeln und den Indossanten als wirklichen Eigentümer unter die Gläubiger der V. Klasse zu verweisen[6]). Es könnte allerdings ausbedungen werden, daß Wechsel und Wechselforderung zurückübertragen werden sollen, allein dies wäre nur eine obligatorische Vereinbarung und würde dem Indossanten zu wenig Schutz bieten.

Dieses Aussonderungsrecht ist nur gegeben hinsichtlich übergebener Inhaberpapiere und indossierter Ordrepapiere. Der Entwurf von A. Heusler (v. 1874) war in dieser Beziehung weitergehend, indem in Art. 109 neben den Wechseln noch „Wechselpapiere und andere Forderungstitel" erwähnt waren. In gleicher Weise dehnte die frühere preussische Konkursordnung, die der heutigen deutschen Konkursordnung zum Vorbild diente, in Art. 24 das Aussonderungsrecht aus auf „Wechsel, Handelspapiere und andere Urkunden über Forderungen". Auf diesem Standpunkt steht auch heute noch ein großer Teil der deutschen Autoren[7]), obwohl eine entsprechende Normierung in der DKO.

---

3) Lehrbuch, fol. 179, v. Völderndorff, a.a.O. fol. 376; Reichel, fol. 266.
4) v. Völderndorff, a.a.O., 377; C. Jaeger, Komm., Art. 201.
5) v. Völderndorff, a.a.O., 376.
6) Vgl. Dernburg, Preuss. Privatrecht, II, fol. 306; Fitting, a.a.O., fol. 199; anderer Ansicht Regelsberger, Archiv für Zivilist. Praxis, 65, fol. 185.
7) Vgl. v. Wilmowski, a.a.O., fol. 200; v. Völderndorff, aa.a.O., fol 376, mit Einschränkungen v. Sarwey-Bossert fol. 206.

fehlt. Im heutigen schweizerischen Konkursverfahren ist eine derartige Ausdehnung des Aussonderungsrechtes mit dem klaren Wortlaut von Art. 201 SchKG. nicht verträglich. Es kommen einzig die vorerwähnten beiden Arten von Wertpapieren in Betracht[8]), da wie vorstehend erwähnt, eine Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte grundsätzlich abgelehnt wird. (C. Jaeger postuliert de lege ferenda allerdings eine Ausdehnung auf Wertpapiere überhaupt, wogegen Blumenstein bemerkt, daß eine Zession anderer als der in Art. 201 genannten Papiere zum Zwecke der Einkassierung oder der Deckung für künftige Zahlung weder erforderlich, noch üblich sei.)

Dieser Aussonderungsanspruch setzt voraus, daß das übergebene oder indossierte Papier sich noch im Besitze des Gemeinschuldners befindet. Maßgebend hiefür ist hier der Moment der Konkurseröffnung und nicht etwa der Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruches. Hat der Gemeinschuldner das fragliche Papier weiter gegeben, verpfändet oder indossiert, so entfällt der Aussonderungsanspruch und es bleibt dem Berechtigten lediglich ein Ersatzanspruch, der aber nur als gewöhnliche Konkursforderung geltend gemacht werden kann. Gegen die von C. Jaeger[9]) vertretene Auffassung, daß das Aussonderungsrecht sich auch auf das als Gegenwert erhaltene Geld, sofern es noch nicht mit dem übrigen Vermögen des Gemeinschuldners vermischt ist, sowie auch auf an Zahlungsstatt gegebene Wertpapiere erstrecke, macht Blumenstein[10]) u. E. mit Recht geltend, daß diese These mit dem Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch stehe.

Als weitere Voraussetzung dieses Aussonderungsrechtes kommt noch hinzu, daß die betreffenden Papiere nur zur „Einkassierung oder als Deckung für eine bestimmt bezeichnete künftige Zahlung" übergeben oder indossiert sein müssen. Was die

---

[8]) Vgl. Blumenstein, fol. 636; C. Jaeger, Komm. Art. 201, N. 3; Reichel, Komm. Art. 201, N. 4.

[9]) Komm. Art. 201, N. 4.

[10]) fol. 636, N. 43. In gleicher Weise bemerkt auch Reichel, daß dieser Anspruch nicht gegenüber dem an die Stelle getretenen Gegenwert (einkassierter Betrag) erhoben werden könne, Komm. Art. 201, N. 7.

Einkassierung anbelangt, ist diese Zweckbestimmung namentlich dann erkennbar, wenn dem Indossament der Zusatz „Zur Einkassierung", „in Prokura" oder eine andere, nur eine Bevollmächtigung bezeichnende Formel beigefügt wurde[11]), d. h. mit andern Worten, wenn es sich um ein Prokuraindossament (Art. 735 OR.) handelt, da hier nach allgemeiner Auffassung eine Eigentumsübertragung nicht stattfindet[12]). Das Aussonderungsrecht ist allerdings auch dann gegeben, wenn ein derartiger Zusatz fehlt, nur trägt hier der Rückfordernde die Beweislast hiefür, daß die von ihm zurückverlangten Papiere bloß zur Einkassierung übergeben wurden.

Was die in Art. 201 erwähnte „Deckung für eine bestimmt bezeichnete künftige Zahlung" anbetrifft, bemerkt C. Jaeger[13]) in Anlehnung an eine Erklärung Ruchonnets in der ständerätlichen Kommission[14]), daß es sich hier um eine Uebertragung zu Eigentum handle und daß das Rücknahmerecht an die Bedingung geknüpft sei, daß im Momente der Konkurseröffnung die betr. Zahlung vom Gemeinschuldner noch nicht geleistet worden sei und nun von ihm zufolge Konkursausbruch nicht mehr geltend gemacht werden könne, so daß es unbillig wäre, wenn er, bzw. seine Konkursmasse zwar die Deckung behalten, aber die Zahlung nicht oder nur ungenügend leisten würde. Das Aussonderungsrecht entfällt jedoch, wenn es sich um eine Uebergabe an Zahlungsstatt oder um eine Vorleistung einer vom Schuldner bedungenen Gegenleistung handelt, wie dann, wenn diese Papiere auf laufende Rechnung übersendet und auf solche eingestellt werden, da hier die vom Gesetze verlangte Zweckbestimmung fehlt[15]), wohl aber dann, wenn die Titel als Kaution dienen sollen, also zur Wiederrücknahme bestimmt waren[16]).

---

[11]) C. Jaeger, Komm., 201, N. 4; Reichel, Komm. Art. 201, N. 5; von Overbeck, fol. 162.
[12]) Hafner, OR., Art. 702, N. 2.
[13]) Komm. Art. 201, N. 5.
[14]) B.Bl. 1886, 3 fol. 723.
[15]) C. Jaeger, Komm. Art. 201, N 4; Reichel, Komm. Art. 201, N. 3; v. Völderndorff, a.a.O., fol. 377.
[16]) Schultheß, a.a.O., fol. 84.

II. Die Rückforderung des Erlöses aus dem Verkauf einer fremden Sache.

Einen weiteren konkursrechtlichen Aussonderungsgrund statuiert Art. 202 SchKG. Wenn der Gemeinschuldner eine fremde Sache verkauft und zur Zeit der Konkurseröffnung den Kaufpreis noch nicht erhalten hat, so kann der bisherige Eigentümer gegen Vergütung dessen, was der Gemeinschuldner darauf zu fordern hat, Abtretung der Forderung gegen den Käufer oder die Herausgabe des inzwischen von der Konkursverwaltung eingezogenen Kaufpreises verlangen. Nach allgemeinen Rechtsnormen würde der Anspruch auf die Gegenleistung, den der Gemeinschuldner durch den vor der Konkurseröffnung erfolgten Verkauf einer fremden Sache gegenüber dem Erwerber erworben hat, als vertragliche Forderung des Schuldners zur Konkursmasse gehören. Derjenige, dessen Sache veräußert worden ist, hätte wie die übrigen Konkursgläubiger nur eine als gewöhnliche Konkursforderung zu behandelnde Entschädigungsforderung und nicht einen Aussonderungsanspruch. Aus Billigkeitsgründen geht das Gesetz hier weiter und gewährt dem Drittansprecher einen Aussonderungsanspruch[17]), zumal in diesem Falle der Gemeinschuldner materiell als Beauftragter des Eigentümers gehandelt hat. Deshalb soll der Eigentümer die Kaufpreisforderung oder den seit der Konkurseröffnung von der Konkursverwaltung eingezogenen Kaufpreis erhalten[18]).

Zu beachten ist, daß Art. 202 nur bei einer widerrechtlichen, also gegen den Willen des Dritteigentümers erfolgten Veräußerung seitens des Kridaren zur Anwendung kommt. Fand der Verkauf rechtmäßig, aus Auftrag und Stellvertretung oder zwar im eigenen Namen, aber für Rechnung des Eigentümers statt, so geht die Kaufpreisforderung direkt auf den Eigentümer, da der Vertretene berechtigt und verpflichtet wird. In einem

---

[17]) Reichel, Komm. Art. 202, fol. 268; Markowitz, fol. 7. Art. 202 SchKG. kommt nicht zur Anwendung, wenn der bisherige Eigentümer direkt Gläubiger der Kaufpreisforderung wird, OR. Art. 32, 401, 425, v. Overbeck, fol. 163.

[18]) Heuberger, a.a.O., fol. 147, von Overbeck, fol. 162.

solchen Fall bedarf der bisherige Eigentümer keiner besonderen Zession des Anspruches auf den ausstehenden Kaufpreis[19]). Auf alle Fälle entfällt das Aussonderungsrecht immer dann, wenn der Gemeinschuldner v o r der Konkurseröffnung den Kaufpreis selber eingezogen hat, selbst dann, wenn der Erwerber als Gegenwert Wertpapiere abgetreten hat, die sich in der Masse vorfinden, da hier der Kaufpreis nicht mehr aussteht und der Schuldner Eigentum an der Gegenleistung erworben hat. In diesen Fällen hat der Drittansprecher nur mehr eine gewöhnliche Konkursforderung. Hat jedoch der Gemeinschuldner selber nach der Konkurseröffnung den Kaufpreis eingezogen, so kommt Art. 202 SchKG. ebenfalls zur Anwendung, da die Forderung immer noch ausstehend ist, sofern der Gemeinschuldner den Erlös nicht an die Masse abgeliefert hat, oder der Leistende nach Art. 205, Abs. 2, SchKG. von der Schuldpflicht befreit wird. Hat der Gemeinschuldner die fremde Sache nach Konkurseröffnung veräußert, so ist nach Art. 204 SchKG. ein solcher Verkauf ungültig. Der Dritte hat das fragliche Objekt herauszugeben, ohne Rücksicht darauf, ob er von der Konkurseröffnung wußte oder nicht. Fällt er inzwischen selber in Konkurs, kann diese Sache aus seiner Masse ausgesondert werden. Art. 933 ZGB. findet hier keine Anwendung, da der Erwerbstitel nichtig ist[20]). Neben dem auf Abtretung der ausstehenden Kaufpreisforderung gerichteten Aussonderungsrecht kennt Art. 202 SchKG. noch weitergehend einen Anspruch auf den Kaufpreis selber, wenn er von der Konkursverwaltung eingezogen wurde. Hat die Konkursverwaltung das betreffende Dritteigentum selber veräußert, so kann der Dritte als Massegläubiger einen Anspruch entweder auf Herausgabe der von der Konkursverwaltung eingezogenen Kaufsumme oder auf Abtretung der Kaufpreisforderung geltend machen[21]).

Die Bestimmung von Art. 202 erstreckt sich auf bewegliche und unbewegliche Sachen und namentlich auch auf Inhaber- und Ordrepapiere. Der Aussonderungsberechtigte hat dem Gemein-

---

[19]) Reichel, Komm. Art. 202, fol. 269; C. Jaeger, id. Nr. 3.
[20]) C. Jaeger, Komm. Art. 204.
[21]) Reichel, Komm. Art. 202, N. 2.

schuldner für die gemachten Aufwendungen (namentlich für notwendige und nützliche Verwendungen nach Art. 938—940 ZGB.) Ersatz zu leisten. Wenn die fremde Sache vor dem Verkauf durch den Gemeinschuldner eine Wertverminderung erfahren hat, so hat der Drittansprecher hiefür eine Schadenersatzforderung, die er aber nur als gewöhnliche Konkursforderung eingeben kann.

Beim Aussonderungsbegehren auf Abtretung der ausstehenden Kaufpreisforderung hat die Konkursverwaltung, sofern sie dem Begehren Folge geben und den Ansprecher nicht auf den Klageweg nach Art. 242 SchKG. verweisen will, nach Art. 165 OR. eine schriftliche Forderungsabtretung auszustellen. Dagegen tritt, wie Reichel[22]) zutreffend bemerkt, der Aussonderungsberechtigte nicht ohne weiteres in das Forderungsverhältnis ein und findet daher keine Subrogation statt.

Dieser Aussonderungsanspruch hat als sog. „Ersatzaussonderung" auch Aufnahme gefunden in der deutschen Konkursordnung[23]), und zwar wird hier nicht nur der Fall der Veräußerung eines Gegenstandes durch den Schuldner vor dem Konkurs, sondern auch durch den Verwalter nach der Eröffnung des Konkursverfahrens geregelt[24]). Hier hat der Aussonderungsberechtigte vorerst einen Anspruch auf Abtretung der noch ausstehenden Gegenleistung, und zwar ist nach herrschender Meinung eine erzwingbare Abtretung (cessio necessaria) und nicht nur ein unmittelbar kraft Gesetzes erfolgender Vermögensübergang (cessio legis) gegeben und kann darum der Aussonderungsberechtigte die Kaufpreisforderung gegen den Käufer erst nach erfolgter Abtretung geltend machen. Ist dagegen die Gegenleistung an die Masse abgeliefert worden, so kann der Aussonderungsberechtigte verlangen, daß ihm dieselbe an Stelle des veräußerten Objektes herausgegeben werde. Hiebei ist nun nach der Mehrzahl der Autoren zu untersuchen, ob diese Gegenleistung noch unterscheidbar in der Masse vorhanden oder bereits

---

[22]) Komm. Art. 202, N. 6.

[23]) § 46 DKO.

[24]) Für unser schweiz. Recht vgl. unsere Ausführungen im Abschnitt über das Aussonderungsverfahren.

mit derselben vermengt wurde. Im ersteren Falle tritt diese Gegenleistung ohne weitere Modalitäten an Stelle des veräußerten Gegenstandes und tritt damit der Charakter der Ersatzaussonderung am deutlichsten zutage; wenn dagegen dieser Erlös aus der Veräußerung bereits mit der Masse vermengt wurde, ist nur noch eine Masseforderung gegeben, mit allen Beschränkungen derselben.

Die juristische Natur dieser Ersatzaussonderung ist übrigens in der Doktrin zur DKO. stark umstritten. Während Oetker[25]) hierin einen Anspruch selbständiger Natur erblickt, steht Seuffert[26]) auf dem Standpunkt, es handle sich um einen Masseanspruch. Die überwiegende Mehrheit der Autoren erklärt diesen Anspruch dagegen richtigerweise als eigentlichen Aussonderungsanspruch[27]).

III. Das Verfolgungsrecht des Verkäufers.

Wenn eine Sache, welche der Gemeinschuldner gekauft und noch nicht bezahlt hat, an ihn abgesendet, aber zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht in seinen Besitz übergegangen ist, so kann nach Art. 203 SchKG. der Verkäufer die Rückgabe derselben verlangen, sofern nicht die Konkursverwaltung den Kaufpreis bezahlt. An und für sich sollte der Verkäufer in bezug auf das Aussonderungrecht nicht anders behandelt werden als wie jeder andere Kontrahent; auch für ihn müßte gelten, daß er, falls sein bisheriges Eigentum bereits auf den Schuldner übergegangen ist, er dasselbe nicht mehr geltend machen und für die ausstehende Gegenleistung nurmehr eine gewöhnliche Konkurs-

---

[25]) Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 25, fol. 71.

[26]) Konkursprozeß, fol. 100, v. Sarwey-Bossert, fol. 227.

[27]) E. Jaeger, Komm. § 46, Anm. 2; Kohler, Lehrbuch, fol. 180; Fitting, fol. 271; v. Wilmowski, fol. 215; Petersen-Kleinfeller, § 46, Anm. 4; v. Völdemdorff, fol. 412; Markowitz, fol. 17; Hellwig, fol. 247; letzterer lehnt auch die Zulässigkeit eines Ersatz-Aussonderungsanspruches für den nur persönlich Berechtigten ab; vgl. Kritik bei Markowitz, fol. 6.

forderung eingeben kann[28]). Aus Billigkeitsgründen macht auch hier das Gesetz eine Ausnahme. Der Verkäufer soll nicht zusehen müssen, wie seine Ware, ohne daß er dafür bezahlt wird, direkt von seiner Hand in die Konkursmasse übergeht und damit den andern Gläubigern zur Befriedigung dient[29]). Hiezu besteht ein besonderes Bedürfnis für jene Personen, die mit Rücksicht auf ihre örtliche Entfernung nicht in der Lage sind, die Vermögensverhältnisse des Schuldners zu beobachten und die auch mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des Fernverkehrs in der Regel genötigt sind, die Sachen ohne gleichzeitige Erfüllung der Gegenleistung aus der Hand zu geben. Dazu kommt, daß vielfach gerade unmittelbar vor der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung von seiten gewissenloser Schuldner noch große Bestellungen gemacht werden. Hier bietet nun das erwähnte Rückforderungsrecht des Verkäufers eine, speziell für den Handelsverkehr wichtige Schutzmaßnahme[30]).

Nach dem geltenden Zivilrechte vollzieht sich allerdings nun der Eigentumsübergang durch die Tradition, unabhängig von der Zahlung des Kaufpreises[31]) oder dem Abschluß des Kaufvertrages. Immerhin kann nun trotzdem der Fall eintreten, daß der Käufer zwar Eigentümer geworden ist, aber noch nicht Besitzer. Da soll nun der Verkäufer die Möglichkeit haben, in diesem letzten Augenblick noch die Sache zurückzunehmen. Auf dem Gebiete des Handelsrechtes hat sich nun der Verkehrsgebrauch entwickelt, daß der Verkäufer, wenn der Konkurs aus-

---

[28]) v. Völderndorff, a.a.O., fol. 386; v. Wilmowski, fol. 204.

[29]) Blumenstein, fol. 638; v. Sarwey-Bossert, a.a.O., fol. 227. Dieses Verfolgungsrecht des Verkäufers, das schon verschiedene alte kantonale Gesetze kannten (vgl. F. Meili, Lehrbuch, fol. 170 u. ff.) war auch Gegenstand der §§ 111 u. 112 des Heuslerschen Entwurfes von 1874 und entsprachen als solche den §§ 477 u. 478 des schweiz. Handelsrechtsentwurfes von 1864; vgl. Motive v. Heusler, fol. 119 und Munzinger, fol. 456.

[30]) Rintelen, fol. 281; v. Völderndorff, fol. 387.

[31]) In früheren Zeiten ging beim Kauf das Eigentum erst mit der Zahlung des Kaufpreises über, was für den Konkurs eine besondere Bedeutung hatte, da allgemein der unbezahlte Verkäufer aussondern konnte; vgl. Amtsrecht von Meienberg, in Rochholz: Aargauische Weistümer, cit. in Kohler, Lehrbuch, fol. 170.

brach, die Sache zurückhielt und selbst wenn sie schon auf dem Transporte war, den Transport sistieren ließ. Diese Sitte herrschte namentlich seit dem 17. Jahrhundert in England und es bildete sich hieraus das berühmte Right of stoppage in transitu, welches von hier aus auch Eingang ins französische (droit de suite) und deutsche Recht fand und allmählich zum Weltrecht gestaltet wurde[32]).

Die rechtliche Natur dieses Verfolgungsrechtes ist in der Doktrin stark umstritten, namentlich bezüglich der Frage, inwieweit die Ausübung des Rückforderungsrechtes eine Aufhebung des Kaufvertrages zur Folge hat. Reichel[33]) verneint diese Frage und erblickt in dem Umstand, daß die Konkursverwaltung befugt ist, den Kaufpreis zu bezahlen, ein Argument für die Nichtaufhebung des Vertrages. Dies ist heute noch die herrschende Meinung in der Literatur des deutschen Konkursrechtes, so bei Fitting[34]), Endemann[35]), mit dem Bemerken, daß der Kaufvertrag nach der Rückerstattung als nicht erfüllt zu betrachten sei, ferner von Sarwey-Bossert[36]) und von Völderndorff[37]) und namentlich J. Kohler[38]) mit dem Hinweis darauf, daß der Verkäufer, wenn er die Sache zurückfordert, sein Interesse liquidieren kann. Andere Autoren dagegen erblicken im Verfolgungsrecht eine Aufhebung des Vertrages, so Busch[39]) und insbesondere E. Jaeger[40]). Nach letzterem erscheint das Verfolgungsrecht als ein besonders gearteter Fall des gesetzlichen Rücktrittes vom gegenseitigen Vertrag, wobei als Rücktritt vom Grundgeschäft nur eine schuldrechtliche Verbindlichkeit zur gegenseitigen Rückgewähr der vollzogenen Leistungen entsteht. Daß dieser schuldrechtliche Anspruch auf Rück-

---

32) Kohler, Lehrbuch, fol. 171; E. Jaeger, Komm., fol. 788.
33) Komm. Art. 203, fol. 271.
34) fol. 201.
35) fol. 353.
36) fol. 208.
37) fol. 391, ebenso auch Rintelen, fol. 284.
38) Lehrbuch, fol. 176.
39) a.a.O., fol. 465.
40) Komm. DKO. fol. 792; gleicher Meinung auch C. Jaeger, Komm. Art. 203.

übertragung eines dem Schuldner genörigen Gegenstandes mit Aussonderungskraft ausgestattet ist, bedeutet eine positivrechtliche Besonderheit. Der Anspruch beruht daher auf dem Gesetz. Das Verfolgungsrecht erzeugt demgemäß nach E. Jaeger eine Obligation[41]), die sich freilich an ein vorhandenes Vertragsverhältnis anknüpft, substantiell aber nicht auf diesem Vertragsverhältnisse, sondern unmittelbar auf dem Gesetze beruht.

Das Verfolgungsrecht besteht unabhängig von der Frage des Eigentumsüberganges. Der Verkäufer kann die Sache aus dem Masseverband aussondern, obschon der Käufer Eigentümer geworden ist, selbst wenn das Eigentum schon vor Konkurseröffnung auf ihn übergegangen ist. Nur wenn die Ware selbst schon vor der Konkurseröffnung in den Besitz des Gemeinschuldners gelangte, wird das Aussonderungsrecht versagt[42]), und zwar verlangt das Gesetz hier nicht nur einen bloßen Gewahrsam, wie im deutschen Konkursrecht, sondern die tatsächliche Gewalt nach Art. 919 ZGB., und zwar selbständigen Besitz nach Art. 920 ZGB. Die Besitzübertragung erfolgt hier in der Regel unter Abwesenden nach Art. 923 ZGB., weshalb unter Umständen auch die Stellvertretungsgrundsätze zur Anwendung kommen[43]). Das Rückforderungsrecht kann auch dann noch ausgeübt werden, wenn der Kridar die übersandte Ware vor Konkursausbruch erhalten, an derselben aber nur Gewahrsam und nicht Besitz erworben hat. Anderseits liegt ein Besitzesübergang

---

[41]) Vgl. auch Stieglitz, cit. bei E. Jaeger, Komm. § 44, der das VR. als dingliches Recht auf Rückgängigmachung der Eigentumsübertragung ansieht; Oetker, Verfolgungsrecht § 5, verweist es in die Klasse der gesetzl. Schuldverhältnisse; nach Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes I, fol. 869, ist es ein Gestaltungsrecht (Recht auf Rechtsänderung); ebenso Fuchs, Konkursprozeß, fol. 48; nach J. Kohler, Lehrbuch, fol. 175, eine zur vindicatio utilis gesteigerte actio personalis (venditi oder mandati).

[42]) Vergl. Reichel, Komm. Art. 203, fol. 270. E. Jaeger, Konkursrecht, fol. 74, Busch, fol. 465, v. Sarwey-Bossert, fol. 210.

[43]) Der Heusler'sche Entwurf von 1874 schloß in § 111 das Verfolgungsrecht ausdrücklich dann aus, wenn die Ware vor Konkurseröffnung in das Warenlager oder in einen andern Aufbewahrungsort des Schuldners abgeliefert sei; ZSR 45, 433.

an den Gemeinschuldner auch dann vor, wenn die Ware in seinem Namen durch einen Kommissionär, Depositär etc. in Empfang genommen wird[44]). Art. 203 SchKG. hat praktisch dann besondere Bedeutung, wenn die Eigentumsübertragung durch den Frachtführer erfolgt. Dieser steht zu seinem Auftraggeber in einem Rechtsverhältnis, kraft dessen er die Gewalt über die Sache für den Auftraggeber ausübt[45]). Er gilt daher als Vertreter des Verkäufers[46]) und es kann demgemäß das Verfolgungsrecht ausgeübt werden, wenn er vor Konkursausbruch die Ware vom Verkäufer zur Versendung übernommen, sie aber erst nach Konkurseröffnung an den Gemeinschuldner abgeliefert hat[47]). Ausgeschlossen ist das Verfolgungsrecht beim Constitutum possessorium, da hier keine Versendung stattfindet[48]).

Aus dem Wortlaut von Art. 203 SchKG. ergibt sich ferner mit aller Deutlichkeit, daß das Verfolgungsrecht nur beim Kauf (und wie C. Jäger richtig bemerkt, auch beim Tausch) zur Anwendung kommen kann, nicht aber beim Werkvertrag[49]) und auch nicht bei der Einkaufskommission wie im deutschen Konkursrecht[50]).

Nach Art. 203 SchKG. muß die Ware, die der Gemeinschuldner gekauft hat, auch an ihn „abgesendet" sein. Das Verfolgungsrecht kann daher nur bei den sog. Distanzkäufen zur Anwendung gelangen, also dann, wenn die Ware dem Käufer nach dem von diesem bestimmten Orte von einem andern Orte über-

---

[44]) C. Jaeger, Komm. Art. 203 N. 5, Kohler, Lehrbuch, 173, Fitting, fol. 200, Endemann, fol. 353, vergl. auch BGE. 26 II 20.

[45]) Ostertag, Komm. Art. 933 N. 4, v. Sarwey-Bossert fol. 207.

[46]) C. Jaeger, a.a.O.

[47]) Wenn der Frachtführer dagegen direkt als Vertreter des Schuldners auftritt, entfällt das Verfolgungsrecht.

[48]) Kohler, Lehrbuch, fol. 173.

[49]) ZbJV. Bd. 29 fol. 540.

[50]) Vergl. Blumenstein, fol. 638; teilw. a. M. C. Jaeger, Komm. Art. 203, N. 3. Nicht erforderlich ist, daß der abgeschlossene Kauf gerade als Handelsgeschäft erscheint oder den Kontrahenten die spezifische Kaufmannsqualität zukommt, Endemann, 350.

sendet werden soll[51]), und zwar gelten sie nach Endemann als abgesendet nicht bloß, wenn die Fortbewegung derselben bereits begonnen hat, sondern auch dann, wenn sie dem Spediteur, Frachtführer etc. zur Beförderung übergeben worden sind. Das Verfolgungsrecht versagt demnach bei den sog. Platzkäufen, d. h. dort, wo zufolge des Vertrages die Ware an Ort und Stelle dem Käufer oder dessen Vertreter übergeben werden soll (also nicht etwa dort, wo der Abschluß des Vertrages unter Anwesenden perfekt wird)[52]). Der legislatorische Grund hiezu mag darin liegen, daß man dem Platzverkäufer einen Verkauf auf Zug um Zug zumuten kann, während es einem Distanzverkäufer nicht möglich ist, die Ware bis zur Zahlung des Kaufpreises zurückzuhalten. Zudem kann der erstere, da der Schuldner noch nicht Eigentum erworben hat, die Ware einfach zurückbehalten und braucht nur zu liefern gegen Bezahlung resp. Sicherstellung durch die Konkursverwaltung (Art. 83 OR.)[53]).

Art. 203 SchKG. findet daher nicht Anwendung, wenn der Verkäufer an Ort und Stelle dem Käufer oder dessen Vertreter die Ware übergibt, mag dieser auch die Versendung beabsichtigen oder ausführen[54]). Bezüglich des Distanzkaufes macht es keinen Unterschied, ob der Ablieferungsort oder ein anderer Ort als Erfüllungsort gilt[55]), ebenso ist es belanglos, ob der Transport auf Gefahr oder Kosten des Verkäufers oder des Käufers erfolge.

Als Objekt des Aussonderungsrechtes kommen nur bewegliche Sachen (hiebei namentlich auch Inhaber- und Ordrepapiere) in Betracht. Grundstücke sind begrifflich ausgeschlossen, da hier eine Versendung nicht möglich ist.

---

[51]) v. Wilmowski, a.a.O. fol. 205, Endemann, fol. 351, Kohler, Lehrbuch, fol. 174, Busch, fol. 405.

[52]) v. Völderndorff, fol. 391.

[53]) C. Jaeger, Komm. Art. 203, N. 3.

[54]) v. Wilmowski, fol. 205, Fitting, fol. 200, Endemann, fol. 351; das Verfolgungsrecht entfällt auch dann, wenn die Versendung im Namen und Auftrag des Schuldners an einen dritten Empfänger erfolgen soll. C. Jaeger, Komm. Art. 203, N. 1, v. Sarwey-Bossert, fol. 208, Endemann, fol. 350.

[55]) Reichel, Komm. Art. 205, N. 2a.

Das Verfolgungsrecht ist nach Art. 203, Al. 2 SchKG. ausgeschlossen, wenn die Sache vor der öffentlichen Bekanntmachung des Konkurses von einem gutgläubigen Dritten auf Grund eines Frachtbriefes[56]), Konnossements oder Ladescheines zu Eigentum oder Pfand erworben worden ist.

Endlich ist zu bemerken, daß das Verfolgungsrecht nur Anwendung finden kann, wenn der Gemeinschuldner die den Gegenstand des Kaufes bildende Sache noch nicht bezahlt hat, und zwar auch dann, wenn nur der geringste Teil des Preises nicht bezahlt ist, wobei zwischen Bar- und Kreditkauf kein Unterschied gemacht wird. Der Preis ist nach allgemeiner Auffassung auch dann nicht bezahlt, wenn für den Kaufpreis Wechsel ausgestellt wurden, sofort dieselben nicht an Zahlungsstatt gegeben worden sind[57]), wohl aber dann, wenn im Kontokorrentverkehr der Kaufpreisforderung gleich große gegenteilige Forderungen entgegenstehen[58]).

Die Konkursverwaltung hat aber nun nach Art. 203, Al. 1 SchKG., die Möglichkeit, in den Vertrag einzutreten und die noch ausstehende Kaufpreisforderung zu erlegen, womit natürlich die Aussonderung durch den Verkäufer dahinfällt. In diesem Falle stehen ihr gegenüber dem Verkäufer alle diejenigen Rechte und Ansprüche zu, die auch dem Gemeinschuldner zustanden. Tritt die Konkursverwaltung dagegen nicht in den Vertrag ein und macht der Verkäufer von seinem Aussonderungsrecht Gebrauch, kann die erstere allfällige vom Gemeinschuldner gemachte Teilzahlungen zurückfordern.

Das Verfolgungsrecht hat besondere Bedeutung im internationalen Konkursrecht. Hier können Schwierigkeiten entstehen, wenn Privatrecht und Vollstreckungsrecht divergieren. Nach

---

[56]) Vgl. hiezu Bemerkung bei Blumenstein, fol. 639, N. 55. v. Overbeck, 163.

[57]) C. Jaeger, Komm. Art. 203; Dernburg, a.a.O. 306; v. Völderndorff, fol. 182.

[58]) v. Wilmowski, fol. 205. Nach C. Jaeger gilt dagegen der Kaufpreis als nicht bezahlt, wenn der Kontokorrent im Moment der Konkurseröffnung einen Saldo zugunsten des Verkäufers aufweist.

F. Meili[59]) kommen hier namentlich die folgenden Grundsätze zur Anwendung. Das Verfolgungsrecht kann einmal dann ausgeübt werden, wenn das betreffende Rechtsgeschäft nach der Lehre des internationalen Privatrechtes einem Gesetze oder Rechte untersteht, welches dem Absender jene Befugnis einräumt; es kann also selbst dann ausgeübt werden, wenn es durch das Konkursgesetz nicht anerkannt wird, dagegen durch das maßgebende internationale Privatrecht. Ferner kann das Rückforderungsrecht geltend gemacht werden, wenn es nach dem Gesetze des Konkursortes besteht, auch wenn es nach dem zivilistisch maßgebenden Rechte nicht existiert und endlich ist die Ausübung des fraglichen Rechtes begründet, wenn es ausgeübt wird an einem Orte, an welchem es besteht, auch dann, wenn es weder unter dem zivilistisch maßgebenden Gesetze, noch unter demjenigen des Konkursortes existiert.

[59]) Lehrbuch, fol. 170.

II. Teil

Das Aussonderungsverfahren.

1. Abschnitt

Das administrative Aussonderungsverfahren.

§ 9. Die Geltendmachung des Aussonderungsanspruches.

I. Allgemeines, Form und Frist zur Geltendmachung.

Wie bereits früher dargelegt, dient das Aussonderungsverfahren der Feststellung und Abgrenzung des Konkurssubstrates. Es hat dasselbe daher rein verfahrensrechtlichen Charakter. Die Grundsätze dieses Verfahrens sind, im Gegensatze zum deutschen und französischen Recht, wo der Anspruch außerhalb des Konkursverfahrens geltend gemacht werden muß, im schweizerischen Recht im Gesetze festgelegt, wo Art. 242 SchKG. der Konkursverwaltung die Pflicht zu einer Verfügung über die Herausgabe von Sachen überbindet, die von Dritten als Eigentum angesprochen werden. Nach Art. 45 KV. hat die Konkursverwaltung diese Verfügung zu erlassen, ohne Rücksicht darauf, ob der Ansprecher selbst den Anspruch angemeldet hat oder ob die Sache vom Gemeinschuldner oder von einer andern Person als Dritteigentum bezeichnet worden ist.

In der Regel wird der Anstoß zur Einleitung des Aussonderungsverfahrens vom Drittansprecher selber ausgehen, der hiezu namentlich veranlaßt wird durch die Konkurspublikation nach Art. 232 SchKG., die das Konkursamt zu erlassen hat, sobald feststeht, daß das ordentliche Verfahren zur Anwendung kommt[1]). Hiebei ergeht nach Al. 2 Ziff. 2 nicht nur an die Gläu-

[1]) Vgl. auch F. Stein-Junker, Grundriß, fol. 426.

biger des Gemeinschuldners, sondern an alle diejenigen, welche Ansprüche auf die in seinen Händen befindlichen Vermögensstücke haben, die Aufforderung, binnen einem Monat seit der Bekanntmachung ihre Ansprüche unter Einlegung der Beweismittel dem Konkursamte einzugeben. Es ist klar, daß unter diesen Ansprechern auch die Aussonderungsberechtigten gemeint sind[2]). Eine Pflicht auf Zustellung einer Spezialanzeige nach Art. 233 SchKG. und Art. 40 KV. besteht für das Konkursamt dagegen nicht. (Eine solche Zustellung dürfte sich aber unseres Erachtens empfehlen, speziell wenn der Kridar das Eigentumsrecht Dritter an admassierten Sachen verschweigt, dasselbe aber aus den Akten mehr oder weniger klar zu entnehmen ist, da das Konkursamt an einer richtigen Feststellung des Konkurssubstrates das größte Interesse hat und verspätete Aussonderungsbegehren die Verwertung und Verteilung sehr verzögern können.)

Die Geltendmachung eines Aussonderungsanspruches seitens eines Dritten ist an keine Form gebunden; das Konkursamt hat sogar zu einer mündlich abgegebenen Erklärung, (die von ihm zu protokollieren und vom Ansprecher dann zu unterzeichnen ist) Stellung zu nehmen, wie dies C. Jaeger[3]) auch für die Forderungseingaben annimmt. Der Aussonderungsansprecher hat den Gegenstand seiner Ansprache genau zu bezeichnen und zu individualisieren, was auch mit Hinweis auf die Nummer des betreffenden Objektes im Inventar, Art. 25 Al. 1 KV., geschehen kann. Art. 232 SchKG. verlangt die Einlegung der Beweismittel im Original oder amtlich beglaubigter Abschrift. Diese Vorschrift gilt nicht nur für die Gläubiger, sondern auch für die Aussonderungsberechtigten[4]). Die Konkursverwaltung muß in die Lage gesetzt werden, in objektiver Weise zum erhobenen Aussonderungsbegehren Stellung zu nehmen und dementsprechend die Verfügung nach Art. 242 Al. 2 SchKG. zu erlassen.

---

[2]) A. Martin, a.a.O., fol. 259.

[3]) Komm. Art. 232, N. 11; Reymond, fol. 114; gilt auch im Pfändungsverfahren, vgl. BGE. 57 I, fol. 76.

[4]) Reymond hält u. E. mit Recht dafür, daß Art. 41 KV. auch für das Aussonderungsverfahren Geltung habe.

Nicht belegte Aussonderungsansprüche wird die Konkursverwaltung naturgemäß häufig als unbegründet halten und dem Dritten die Klagefrist nach Art. 242, Al. 2 ansetzen. Da erfahrungsgemäß für die Konkursmasse unglücklich verlaufene Aussonderungsprozesse die letztere stark belasten, kann ihr nicht verwehrt werden, wenn sie von sich aus weitergehende Erhebungen macht oder den Ansprecher zur Vorlage weiterer Beweismittel verhält. Immerhin darf hier nicht zu weit gegangen werden, denn schließlich ist es Sache des Richters, über die materiell-rechtliche Begründetheit eines Aussonderungsanspruches zu entscheiden; die Forderung der Beilegung der Beweismittel ist ja schlußendlich nur eine Ordnungsvorschrift. Der von C. Jaeger[5]) vertretenen Ansicht, daß der Gläubiger für die aus einer erst nachträglich erfolgten Vorlegung der Beweismittel der Konkursmasse für die entstandenen Kosten haftbar ist, möchten wir uns auch für das Aussonderungsverfahren anschließen, in dem Sinne, daß dort, wo der Aussonderungsansprecher durch Nichtvorlage der Beweismittel der Konkursmasse oder einem Abtretungsgläubiger nach Art. 260 ein Prozeßverfahren verursacht hat, auch bei einem obsiegenden Urteil kostenpflichtig zu erklären ist.

Die Notifizierung der Aussonderungsansprache seitens der Konkursverwaltung regelt Art. 34 KV.[6]). Demnach sind diese Begehren in einer besonderen Abteilung des Inventars unter Angabe des Ansprechers, der Inventarnummer des angesprochenen Gegenstandes und der allfälligen Belege fortlaufend zusammenzustellen. Im Inventar selber ist bei den angesprochenen Gegenständen in der Rubrik „Bemerkungen" auf diesen Vormerk hinzuweisen. Am Ende des Titels sind die Erklärungen des Kridaren, sowie die späteren Verfügungen der Konkursverwaltung über die Eigentumsansprachen und das Resultat allfälliger Prozesse summarisch vorzumerken. Das Konkursinventar nach Art. 221 SchKG. bildet die Grundlage zur Feststellung der Konkursmasse, und da es sich beim Aussonde-

---

[5]) Komm. Art. 232, N. 9; ferner Wagner, fol. 122 u. ff.

[6]) Eine gleiche Regelung sah auch Art. 104 des Heuslerschen Entwurfes von 1874 vor.

rungsverfahren, wie früher erwähnt, um einen derartigen Akt handelt, ist diese formelle Behandlung der Aussonderungsansprüche verständlich. Statt dieser „Zusammenstellung in einer besonderen Abteilung" des Inventars wird in der Praxis, besonders in größeren Liquidationen, ein besonderes sog. Vindikationsverzeichnis oder Vindikationsprotokoll angelegt. Dieses Verzeichnis muß dann allerdings ein Bestandteil des Inventars bilden und in letzterem hierauf Bezug genommen werden. Im übrigen wäre de lege ferenda die Schaffung eines besonderen Aussonderungsprotokolles zu begrüßen, besonders wenn man bedenkt, daß das Konkursinventar (spez. auch durch Nachträge etc.) meist stark überlastet ist und durch die Aufnahme der Ergebnisse des Aussonderungsverfahrens an Uebersichtlichkeit einbüßt. Anderseits ist aber die Behandlung der Aussonderungsansprüche für den einzelnen Konkursfall oft von weittragender Bedeutung, nicht nur im Verhältnis zwischen Masse und Drittansprecher, sondern auch für den Masserechtszessionar nach Art. 260 SchKG. Damit die Konkursgläubiger zu der vom Konkursamte vorgenommenen Ausscheidung der Kompetenzstücke Stellung nehmen und nötigenfalls Beschwerde führen können, ist das Inventar an der ersten Gläubigerversammlung aufzulegen oder dann mit der Auflage des Kollokationsplanes zu verbinden[7]). Bezüglich des Verzeichnisses der Aussonderungsansprüche ist eine derartige Auflage, die in der Praxis von einzelnen Konkursämtern häufig angeordnet wird[8]), dabei aber weder vom Gesetz noch von der KV. verlangt wird, nicht notwendig, denn gegenüber dem Ansprecher erfolgt die Erledigung durch die formelle Verfügung nach Art. 242 des Gesetzes, während die Konkursgläubiger ihre Rechte nach Art. 260 SchKG. und Art. 47 KV. wahren.

Was die Frist zur Geltendmachung der Aussonderungsansprüche anbelangt, verlangt Art. 232 SchKG. eine Eingabe binnen einem Monat seit der Bekanntmachung (Konkurspublikation), wobei das Konkursamt die Eingabefrist verlängern kann.

---

[7]) Art. 32 KV.
[8]) BGE. Bd. 54 III, fol. 41.
[9]) C. Jaeger, Komm. Art. 232, N. 7; Art. 242, N. 3.

wenn der Ansprecher außerhalb Europas wohnt. Diese einmonatige Frist hat aber nicht peremptorischen Charakter, ist also keine Verwirkungsfrist[9]). Es ist zwar nicht zu bestreiten, daß die Gläubigerschaft ein Interesse an einer raschen und ungehemmten Abwicklung des Konkursverfahrens hat, was dazu führen würde, die Geltendmachung der Aussonderungsansprüche auf einen bestimmten Zeitpunkt von der Konkurspublikation an zu beschränken. Allein die Rücksicht auf das materielle Recht des Dritten. mit der Gefahr eines unbilligen Rechtsverlustes zugunsten der Masse muß gegen eine derartige Lösung Stellung nehmen, zumal der Gesetzgeber selber die Frist des Art. 232 SchKG. nicht ausdrücklich als Verwirkungsfrist statuiert hat. Für eine spätere Zulassung spricht auch die Tatsache, daß im Pfändungsverfahren Drittansprüche bis über das Stadium der Verwertung hinaus noch in Form einer Beanspruchung des unverteilten Erlöses geltend gemacht werden können[10]). Bezüglich der Forderungseingaben macht das Gesetz in Art. 251 selber eine Ausnahme, indem verspätete Konkurseingaben bis zum Schlusse des Konkursverfahrens angemeldet werden können. Trotzdem hier die Aussonderungsansprüche nicht ausdrücklich erwähnt werden, darf hieraus nicht auf eine anders geartete Behandlung derselben geschlossen werden, denn die Fälle der Anmeldung von Forderungen und von Drittrechten stehen vielmehr koordiniert nebeneinander, in der Weise, daß das Gesetz sie in entsprechendem Sinne, nämlich Zulassung von Anmeldungen auch nach der Publikationsfrist, behandelt wissen will[11]). Dieser Auffassung entspricht heute auch Art. 45 KV., wo ausdrücklich bemerkt wird, daß die Verfügung nach Art. 242 SchKG. auch dann noch zu erlassen sei, wenn der Anspruch erst nach der Versteigerung des angesprochenen Gegenstandes, jedoch vor der Verteilung des Erlöses angemeldet wird[12]), also nicht etwa

---

[10]) Vgl. Art. 107, Al. 4 SchKG. Peter, a.a.O., fol. 389. Pedrazzini, a.a.O., fol. 36. Diese Regelung fand sich ausdrücklich schon in den Kommissionsentwürfen 1881 und 1882.

[11]) BGE. Bd. 31 I, fol. 513. Die Frage, ob den Ansprecher wegen Versäumung sonst ein Nachteil treffe, wurde offen gelassen.

[12]) Nach der Verteilung des Erlöses an die Gläubiger will Schrutka Bd. II § 7 sowie auch Seuffert, Konkursprozeß, 91, dem Dritten gegen-

nur so lange, als sich der angesprochene Gegenstand in natura in der Masse befindet, wie z. B. Seuffert[13]) dartut. Art. 50 KV. befaßt sich denn auch ausdrücklich mit nachträglich eingegebenen Ansprüchen.

Kann nun der Aussonderungsberechtigte auf die Geltendmachung seines Aussonderungsanspruches verzichten und dafür eine Konkursforderung geltend machen? Wir haben diese Möglichkeit schon früher hinsichtlich des Aussonderungsrechtes der Ehefrau abgelehnt und halten dafür, daß dies in gleicher Weise auch für die übrigen Konkursgläubiger gelte, abgesehen davon, daß es als paradox erscheinen muß, daß jemand sein Interesse an der betr. Sache als Konkursgläubiger geltend macht, während er doch die Sache in natura herausverlangen kann. Trotz Verzicht auf das Aussonderungsrecht wird der Ansprecher nicht ohne weiteres Konkursgläubiger, was doch Voraussetzung für die Erhebung einer Konkursforderung wäre. Zudem sind ja Aussonderungsansprüche und Konkursforderungen einander wesensfremd, da sich erstere auf ein Objekt beziehen, das gar nicht zur Masse gehört, während letztere auf das gesamte exequierbare Vermögen des Gemeinschuldners gehen[14]). Praktisch dürfte die Geltendmachung einer Konkursforderung statt eines Aussonderungsanspruches nur da stattfinden, wo erstere sich als günstiger herausstellt, was aber zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung der Konkursgläubiger führen würde.

über den Gläubigern eine condictio sine causa geben, denn die Zahlung sei aus fremder Tasche erfolgt und der Erlös daher sine causa in Besitz des Gläubigers übergegangen, was u. E. mit Recht bestritten wird von Reichel, ZbJV., Bd. 31 fol. 228; ebenso Pedrazzini, a.a.O. fol. 44, im Widerspruchsverfahren, wenn der Gläubiger die Pfändung der Sache verlangt, obgleich er wissen mußte, daß die Sache dem Schuldner nicht gehört.

13) a.a.O. fol. 90, unrichtig auch SJZ. 1913 fol. 189.

14) H. von Häfen, fol. 3, Sieburg, fol. 19; vergl. auch Oetker, Grundbegriffe, fol. 143, E. Jaeger, Komm. § 43, fol. 742. A. M. dagegen Endemann, fol. 484, v. Wilmowski, fol. 403.

II. Die Geltendmachung nach erfolgter Verwertung des Aussonderungsobjektes.

Art. 45 KV. bestätigt also implicite die schon von C. Jaeger[15]) vertretene Auffassung, wonach dort, wo die Masse die Sache schon versilbert hat, der Erlös an deren Stelle trete und damit der Aussonderung unterliege (Pretium succedit in locum rei). Bei einer verspäteten Geltendmachung des Aussonderungsrechtes wird der Ansprecher diesen Fall häufig zu riskieren haben, speziell auch hinsichtlich Mobilien, die einer schnellen Wertverminderung ausgesetzt sind oder einen kostspieligen Unterhalt erfordern, denn die Masse kann auf dem Wege des Notverkaufes nach Art. 243, Al. 2, SchKG. auch solche Sachen verwerten, auf die sich die von Dritten erhobenen Aussonderungsansprüche beziehen und es ist nach C. Jaeger[16]) für sie einzig eine Frage der Angemessenheit, ob sie eine Verwertung trotz dieser Ansprüche vornehmen wolle; sie ist ihr gesetzlich solange erlaubt, als nicht eine richterliche Verfügung auf Aufschiebung der Verwertung ihr die Möglichkeit einer solchen Maßnahme benimmt[17]).

Von diesem speziellen Falle abgesehen, kann von der Konkursverwaltung ein von einem Aussonderungsansprecher herausverlangter Gegenstand vor der endgültigen Durchführung des Aussonderungsverfahrens nicht verwertet werden und könnte ihr dies widrigenfalls auf Beschwerde des Dritten hin von den Aufsichtsbehörden bis zur Anhängigmachung des gerichtlichen Verfahrens untersagt werden. Nach diesem Zeitpunkt ist es Sache des angerufenen Richters, auf dem Wege einer vorsorglichen Verfügung über die Möglichkeit einer Verwertung vor Austragung des Prozesses zu entscheiden[18]).

---

[15]) Komm. Art. 242; ferner Reichel, Art. 242, Martin, fol. 260, Jaeger/Däniker, fol. 384, BGE. 40 III 17.

[16]) Komm. Art. 243, N. 6.

[17]) Vergl. BGE. 43 I No. 137, Archiv V, No. 132.

[18]) BGE. Bd. 43 III, Nr. 38.

Wie wir bereits im allgemeinen Teil bei der Behandlung der Aussonderungsgründe nach Art. 202 SchKG. bemerkt haben, hat § 46 DKO. auch diesen Fall in Betracht gezogen und gewährt ein Aussonderungsrecht auch dann, wenn der Konkursverwalter nach der Eröffnung des Konkursverfahrens einen Gegenstand, dessen Aussonderung hätte beansprucht werden können, veräußert hat. Hier kann der Berechtigte die Gegenleistung, soweit sie eingezogen wurde, oder wenn sie noch aussteht, deren Abtretung verlangen. Die früher erwähnte Differenzierung bezüglich der zur Masse gekommenen Gegenleistung dürfte dagegen für unser Recht kaum von Bedeutung sein, da Art. 45 KV. keine derartige Unterscheidung (deren Feststellung übrigens in der praktischen Durchführung nicht leicht sein dürfte) macht und die Aussonderungsverfügung ganz allgemein bis zur Verteilung zuläßt. In diesem Sinne halten wir mit C. Jaeger[19]) und der Mehrheit der deutschen Autoren dafür, daß auch in diesem Fall die Forderung auf den an Stelle der Sache getretenen Erlös nicht zu einer einfachen Masseforderung, die erst nach Deckung der Kosten Anspruch auf Befriedigung hätte, sondern die eingezogene Gegenleistung ganz allgemein vor der Befriedigung der Massegläubiger aus der Konkursmasse auszuscheiden ist. Es handelt sich also auch hier um einen eigentlichen Aussonderungsanspruch und nicht um eine Masseschuld[20])[21]).

Die Ansprüche, die der Aussonderungsansprecher gegen Erwerber der veräußerten Objekte auf Grund der Besitzesregeln hat, werden durch das konkursrechtliche Aussonderungsverfahren nicht berührt und können weiterhin geltend gemacht werden. Hat er hiebei die betreffende Sache zurückerhalten, so hat er das durch Ersatz-Aussonderung Erhaltene an die Masse zurückzugeben.

---

[19]) Komm. Art. 242, N. 3.

[20]) In diesem Sinne auch Lyon-Caen et Renault, VIII N. 793 u. ff.; Bl.Zü.R. X, 27, XII, 225.

[21]) Nach E. Jaeger, Komm. Art. 46 DKO. war der ursprüngl. Anspruch erloschen und an dessen Stelle ein Anspruch anderer Art aus Billigkeitsgründen zum Aussonderungsanspruch erhoben. Dafür fehlt für unser Recht jeder Anhaltspunkt.

Wenn der Aussonderungsansprecher mit der Behauptung, die betreffende Sache sei unter ihrem wirklichen Wert (speziell bei Wertpapieren oder Sachen, die einen Markt- oder Börsenpreis haben) veräußert worden, hieraus an die Konkursmasse weitergehende Ansprüche stellt, so ist auch hier, da es sich um eine Eigentumsansprache und nicht um eine Konkursforderung handelt, das Verfahren nach Art. 242 SchKG. durchzuführen und hat daher die Konkursverwaltung, wenn sie den Anspruch nicht anerkennen will, dem Ansprecher die Klagefrist anzusetzen. Bei einem obsiegenden Urteil hat er für den gutgesprochenen Betrag nicht etwa eine Konkursforderung, die ja auf den Kollokationsweg verwiesen werden müßte, sondern eine Masseforderung, denn die Veräußerung des betreffenden Objektes stellt eine Verletzung des Aussonderungsrechtes dar.

Ein Aussonderungsanspruch kann in allen Fällen immer nur bis zur Verteilung geltend gemacht werden; dies ergibt sich deutlich aus der Bestimmung des Art. 45 KV. Hiefür gilt u. E. als maßgebender Zeitpunkt nicht die Auflage der Verteilungsliste nach Art. 261 SchKG., da diese nur die Ausrechnung des auf jeden einzelnen Gläubiger entfallenden Dividendenbetreffnisses enthält und daher immer auf dem Kollokationsplan[22]) fußt, sondern vielmehr der Moment der Auszahlung der zugewiesenen Betreffnisse an die einzelnen Gläubiger. Wenn daher nach Auflage der Verteilungsliste nach Art. 263, aber vor der Auszahlung der Betreffnisse noch ein Aussonderungsanspruch geltend gemacht wird, so ist die letztere bis zur Erledigung desselben zu sistieren.

---

[22]) C. Jaeger, Komm. Art. 261, N. 3.

§ 10. *Die Aussonderungsverfügung.*

I. Begriff und formelle Erfordernisse.

Art. 242 SchKG. verlangt für die Behandlung der Aussonderungsansprüche eine Verfügung der Konkursverwaltung, d. h. also ein bestimmtes Verhalten des zuständigen Beamten in amtlicher Stellung als Organ der Schuldbetreibung[1]) oder nach der Definition Jaegers[2]) eine amtliche Maßregel, die einseitig kraft der Amtsgewalt und mit Wirkung nach außen erlassen wird. Die Konstituierung der Konkursmasse durch Beschlagnahme der schuldnerischen Vermögenswerte ist zwar nach Art. 221 SchKG. Sache des Konkurs a m t e s. Die Durchführung des Liquidationsverfahrens geht aber dann von der I. Gläubigerversammlung an auf die Konkurs v e r w a l t u n g über (Art. 237 Al. 2), die nun nach Art. 240 u. 242 die Aussonderungsverfügung formell zu erlassen hat. Die Konkursverwaltung tritt damit, gleich wie vorher das Konkursamt, als amtliches Organ[3]) auf und nicht nur als Vertreter der Gläubigerschaft, wie z. B. J. Kohler[4]) annimmt[5]).

Nach Art. 237 Al. 3 SchKG. hat die Gläubigerversammlung das Recht zur Einsetzung eines Gläubigerausschusses, als eines fakultativen Hilfsorgans des Konkursverfahrens. Derselbe kann der Konkursverwaltung bindende Weisungen nur dann erteilen, wenn ihn die Gläubigerversammlung hiezu ausdrücklich ermächtigt hat. Ist dies nicht der Fall, so kommt ihm hier, da die

---

[1]) Blumenstein, fol. 75. Art. 242 gilt auch für die Liquidationsfunktionäre beim Nachlaßvertrag mit Vermögensabtretung, Doka, fol. 172.

[2]) C. Jaeger, Komm. Art. 17 N. 3.

[3]) Blumenstein, fol. 729.

[4]) Lehrbuch, fol. 401, ebenso C. Jaeger, Komm. Art. 240, N. 5. Nach Müller, Die Stellung der Konkursverwaltung nach SchKG., Diss. Bern 1900, fol. 90, beruht die Legitimation der Konkursverwaltung auf Mandat, da sie einfach die Beschlüsse der Gl.-Vers. zu vollziehen habe, was ebenfalls abzulehnen ist.

[5]) Die für den amtlichen Konkursbeamten geltenden Bestimmungen gelten teilweise auch für die besondere oder gewählte Konkursverwaltung, Art. 241 SchKG., 97 & ff. KV., von Overbeck, fol. 195, C. Jaeger, Komm. Art. 241, N. 1.

die Aussonderung gutheißenden Verfügungen der Konkursverwaltung sowieso vor die II. Gläubigerversammlung kommen (siehe später), nur die Bedeutung eines rein referierenden Organes zu, das neben der Konkursverwaltung der Gläubigergesamtheit Anträge und Begutachtungen unterbreiten kann. Diese Verfügung nach Art. 242 bezieht sich gemäß früherer Ausführungen nicht auf die materiell-rechtliche Frage der Eigentumszugehörigkeit, sondern stellt, wie Blumenstein[6]) dartut, einen Befund darüber dar, ob der vom Dritten herausverlangte Gegenstand als Teil des Konkurssubstrates zu betrachten und daher in die konkursrechtliche Liquidation einzubeziehen sei oder nicht. Sie hat also nur verfahrensrechtlichen Charakter und ist ein Akt zur Feststellung und Abgrenzung der Konkursmasse, im Gegensatz zur Kollokationsverfügung.

Ueber die Form dieser Verfügung, die, wie alle schuldbetreibungsrechtlichen Verfügungen durch den betreffenden Beamten, solange die Beschwerdefrist nicht abgelaufen und eine Beschwerde nicht eingereicht wurde, aufgehoben oder abgeändert werden kann[7]), enthält das Konkursgesetz keine einläßlichen Bestimmungen, dagegen verlangt Art. 34 KV. eine summarische Vormerkung im Konkursinventar und Art. 45 u. ff. implicite eine schriftliche Zustellung an den Ansprecher[8]). Nach Art. 45 KV. ist diese Verfügung zu erlassen nach Ablauf der Eingabefrist des Art. 232 Ziff. 2 SchKG. Da jedoch nach vorstehend Ausgeführtem Aussonderungsansprüche bis zur Verteilung geltend gemacht werden können, muß die Verfügung auch

---

[6]) Handbuch, fol. 762, N. 3, ferner Martin a.a.O., fol. 259.

[7]) Blumenstein, fol. 762, N. 3; C. Jaeger, Komm. Art. 17 N. 8 und die daselbst zitierte Judikatur. Die Verfügung selbst ist nicht nur dann zu erlassen, wenn der Anspruch vom Dritten selber erhoben wird, sondern auch dann, wenn der Schuldner eine bestimmte Sache als Dritteigentum bezeichnet hat; Martin, fol. 260; Reichel, 364.

[8]) Die Unterlassung jeder Antwort auf die Eigentumsansprache bildet eine Rechtsverweigerung, Archiv III, Nr. 17. Im Interesse einer richtigen und einheitlichen Durchführung würde sich hiezu die Schaffung eines amtlichen Formulars nach Art. 3 KV. empfehlen. Bezüglich Gebühr vgl. Gebührentarif Art. 54, die mit Rücksicht auf die Bedeutung der Verfügung nicht zu hoch bemessen ist.

dann noch erlassen werden, wenn der Anspruch erst nach der Versteigerung des angesprochenen Gegenstandes, jedoch vor der Verteilung des Erlöses (d. h. also bis zur Auszahlung der Konkursdividende) angemeldet wird[9]). Eine Verpflichtung der Konkursverwaltung, zum Erlaß der Aussonderungsverfügung innert bestimmter Zeit, besteht nach C. Jaeger[10]) dann, wenn vom Aussonderungsansprecher ein schon vor Konkurseröffnung angehobener Rechtsstreit nach der II. Gläubigerversammlung fortgesetzt wird. Hier hat der Ansprecher, sofern er den Anspruch im Konkurs überhaupt geltend gemacht hat, ein Anrecht darauf, daß über die Anerkennung desselben im Konkursverfahren spätestens innerhalb der Frist des Art. 207 Abs. 1 entschieden werde.

Es kommt in der Praxis öfters vor, daß bezüglich des gleichen Gegenstandes mehrere Aussonderungsansprüche erhoben werden. Für diesen Fall glaubt Jaeger[11]), daß die Konkursverwaltung den Anspruch des einen Ansprechers anerkennen könne und dann über denjenigen der andern keine Verfügung mehr zu treffen brauche; sie könne also die Sache dem einen herausgeben und es den andern überlassen, gegen diesen vorzugehen. Demgegenüber scheint uns doch in der Herausgabe an den einen Ansprecher, während gleichzeitig noch weitere Aussonderungsbegehren vorliegen, u. U. eine Verletzung berechtigter Interessen zu liegen. Unseres Erachtens ist es in einem solchen Falle gegeben, gegen diejenigen Ansprecher, deren Begehren die Konkursverwaltung nicht anerkennen will, die Klagefrist nach Art. 242 SchKG. anzusetzen und die Herausgabe an denjenigen Ansprecher, dessen Anspruch anerkannt wird, erst nach Erledigung der obigen Aussonderungsprozesse zu veranlassen[12]). Will die

---

[9]) Betr. Behebung der Schwierigkeiten bei Frauengutsansprachen — Kollision zwischen Ersatzforderung und Aussonderungsbegehren — vgl. BGE. 54 III, 284.

[10]) Komm. Art. 207 N. 9; vgl. auch BGE. Bd. 27 I N. 73.

[11]) Komm. Art. 242, N. 3.

[12]) Die Meinung Jägers scheint uns schon darum bedenklich, weil die Konkursverwaltung nach Art. 242 lediglich die Wahl hat, entweder die gestellten Aussonderungsansprüche anzuerkennen, oder durch Bestreitung derselben einen gerichtlichen Entscheid herbeizuführen und sie daher nicht befugt ist, dieselben einfach von der Hand zu weisen.

Konkursverwaltung keinen der erhobenen Aussonderungsansprüche anerkennen, so kann sie gegen alle Ansprecher die erwähnte Klagefristansetzung erlassen.

Da es sich bei der Aussonderungsverfügung wie bereits mehrfach erwähnt, um einen Entscheid der Konkursverwaltung über den Bestand der Aktivmasse handelt, darf dieselbe nicht mit dem Kollokationsverfahren vereinigt werden und daher auf keinen Fall im Kollokationsplan figurieren. Der erste Gesetzentwurf von Prof. Heusler aus dem Jahre 1870 und der auf demselben basierende Kommissionsentwurf vom Mai 1874 haben allerdings die Aussonderungsansprüche wie Konkursforderungen behandelt und deren Bestreitung auf den Weg des Kollokationsprozesses verwiesen. So bestimmte Art. 130 des letztgenannten Entwurfes, daß in der Kollokation vorerst die Gegenstände angegeben werden müßten, welche von dritten Personen als ihr Eigentum erwiesen worden seien und daher aus der Aktivmasse auszuscheiden und den bezüglichen Ansprechern zuzuteilen seien, inkl. der der Ehefrau und den Kindern eigentümlich zugehörinden Gegenständen. Prof Heusler bemerkte zwar in seinen Motiven, fol. 121, daß die Vindikationen außerhalb der eigentlichen Kollokation stehen, da der Drittansprecher des Bestimmtesten von den Gläubigern gesondert dastehe. Es scheint sich demnach hier um eine Kollokation im engeren Sinne für die Konkursgläubiger und um eine solche im weiteren Sinne für die Drittansprecher, beide mit der gleichen formellrechtlichen Erledigung, gehandelt zu haben. Heute ist in dieser Hinsicht sowohl durch den Wortlaut des Gesetzes als auch durch die Rechtsprechung[13]) völlige Klarheit geschaffen, in dem Sinne, daß die Konkursverwaltung zu erhobenen Aussonderungsansprüchen niemals im Kollokationsplan Stellung nehmen darf.

Die Prüfung der Begründetheit ist ausschließlich Sache des Richters; vgl. BGE. Bd. 38 I. Nr. 93. Betr. Ablehnung des Beschwerderechtes der einzelnen Ansprecher vgl. BGE. 37 I, 65. Gegen obige Meinung Jaegers auch Reymond, fol. 137, welcher in einem solchen Fall die angesprochene Sache hinterlegen will.

13) BGE. Bd. 22, fol. 1375, 24 I. fol. 766, 41 III, fol. 253, ZbJV. Bd. 41, fol. 119.

II. Die Verfügung bei Konkurrenz mit Pfandansprachen.

Die Aussonderungsverfügung kann nach Art. 53 KV. selbst dann erlassen werden, wenn von einem Konkursgläubiger an der betreffenden Sache Pfand- oder (speziell durch Vermieter und Verpächter) Retentionsrechte geltend gemacht werden. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Eigentümer des Pfandes ist nach Art. 53 Al. 2 KV. außerhalb des Konkursverfahrens zu lösen. Der Pfandgläubiger hat sein Recht auf dem Wege der Betreibung auf Pfandverwertung geltend zu machen; Art. 206 SchKG. kommt hier nicht zur Anwendung[14]). Die Konkursverwaltung hat sich nicht weiter um die Auseinandersetzung zwischen dem Dritten und dem Pfandansprecher zu kümmern und kann die betr. Gegenstände auf Verlangen der von ihr als berechtigt anerkannten Partei herausgeben. Sie hat nicht etwa abzuwarten, ob vom Pfandansprecher eine Feststellungsklage oder vom Dritten eine Pfandverwertungsbetreibung angehoben wird[15]). Die Forderung des Pfandgläubigers selber ist ihrem vollen, anerkannten Umfange nach, gemäß Art. 61 KV. unter die unversicherten Forderungen aufzunehmen und kommt einer fälschlich vorgenommenen Kollozierung unter die pfandgesicherten Forderungen keine Bedeutung zu[16]), da das erwähnte Pfand zufolge Anerkennung des Dritteigentümers nicht mehr Bestandteil der Konkursmasse sein kann.

Die Vorschrift von Art. 53 KV., wonach bei Konkurrenz von Pfand- und Eigentumsansprachen ein allfälliger Streit zwischen dem Aussonderungsansprecher und dem Pfandgläubiger nicht im Konkursverfahren auszutragen sei, ist gemäß neuester Praxis des Bundesgerichtes nicht anwendbar, wenn das Pfandrecht daraus hergeleitet wird, daß der auszusondernde Gegenstand Zugehör einer Liegenschaft des Gemeinschuldners geworden ist und daß sich Grundpfandrechte gestützt auf den guten Glauben der Grundpfandgläubiger darauf erstrecken. In einem solchen Falle greifen nun die Art. 41 Abs. 2, 57, 130 VZG. Platz,

---

[14]) Vgl. Archiv II Nr. 122; unrichtig daher Bd. III, 137.
[15]) BGE. 67 III, 35, ZbJV. 72 fol. 785.
[16]) ZbJV. Bd. 43, fol. 81; C. Jaeger, Komm. Art. 247, N. 3, Art. 219, N. 2.

dahingehend, daß die Zugehör zusammen mit der Liegenschaft von der Konkursverwaltung zu versteigern sei. Die Konkursverwaltung darf daher derartige Gegenstände nicht an den Aussonderungsansprecher herausgeben, selbst wenn sie den Eigentumsanspruch anerkannt, bzw. erst dann, wenn die Ausdehnung des Grundpfandrechtes auf sie im Kollokationsverfahren rechtskräftig verneint ist[17]). Das Verfahren regelt sich weiterhin so, daß die Konkursverwaltung zu einer solchen Pfandansprache wie zu jeder anderen Pfandansprache an Zugehör Stellung zu nehmen hat, und zwar nach Art. 60 Abs. 3 KV. und Art. 125 Abs. 1 VZG. in Form einer Kollokationsverfügung im Lastenverzeichnis. Eine Anerkennung des Pfandrechtes kann seitens der Konkursgläubiger nur durch die Kollokationsklage nach Art. 250 angefochten werden. Wie das Bundesgericht hiezu feststellt[18]), muß auch dem Drittansprecher Gelegenheit geboten werden, diese Verfügung, durch die sein behauptetes Eigentumsrecht beeinträchtigt wird, anzufechten, weshalb ihm eine besondere Mitteilung von der Verfügung zu machen ist, mit Ansetzung einer zehntägigen Frist zur Klage auf Anfechtung des Kollokationsplanes, die gegen alle Grundpfandgläubiger zu richten ist mit Ausnahme derjenigen, die auf das Pfandrecht an der fraglichen Zugehör verzichtet haben. Wenn dagegen die Konkursverwaltung die Zugehöreigenschaft bestreitet, haben die benachteiligten Grundpfandgläubiger Kollokationsklage gegen die Masse zu erheben. Ein obsiegendes Urteil wirkt nicht gegen den Drittansprecher, weshalb diesem Mitteilung zu machen ist unter Ansetzung der Klagefrist, wie im erwähnten Verfahren.

Ueber das Verhältnis zwischen Pfand- und Forderungsansprache bestimmt Art. 53 Al. 2 KV. weiter, daß in jenem Fall, wo es zu einem Prozeß über die Aussonderungsansprache kommt, über die Pfandansprache erst nach rechtskräftiger Abweisung des Drittansprechers durch einen Nachtrag zum Kollokationsplan zu verfügen sei. Der Grund zu dieser Regelung ist ein prozessual-ökonomischer; es soll zuerst festgestellt werden, ob der

---

[17]) BGE. Bd. 54 III, fol. 19.

[18]) BGE. Bd. 58 III, fol. 142; ZbJV. Bd. 69, fol. 527.

vom Dritten angesprochene Gegenstand diesem oder event. doch dem Gemeinschuldner zugehöre. In letzterem Falle würde er ohnehin in die Konkursmasse fallen[19]).

III. Die einzelnen Verfügungen der Konkursverwaltung.

a) Die Verfügung auf Anerkennung des Anspruches.

Diese besteht in einer Willenskundgebung des Konkursamtes, daß das Aussonderungsbegehren des Drittansprechers als begründet angesehen und daher ein Verwertungsrecht der Masse ausdrücklich abgelehnt wird. Art. 242 SchKG. spricht für diesen Fall von einer Herausgabe von Sachen an den Drittansprecher. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Konkursverwaltung, wie in der Doktrin des deutschen Konkursrechtes[20]) öfter behauptet wird, unter allen Umständen, die betreffende Sache selber und auf eigene Kosten in die Verfügungsmacht des Dritten hinüber zu führen habe; es kann sich in speziellen Fällen auch nur um ein zur Verfügungs-Stellen handeln. Maßgebend ist hier das Rechtsverhältnis, kraft dessen der Gemeinschuldner in den Gewahrsam der betreffenden Sache gekommen ist. So hat namentlich beim Hinterlegungsvertrag der Hinterleger die hinter-

---

[19]) BGE. 51 III, fol. 131. Für das Widerspruchsverfahren nach Art. 109 SchKG. hat das Bundesgericht aus gleichen Gründen entschieden, daß dem betreibenden Gläubiger die Fristen zur Erhebung der Klagen gegen Eigentümer- und Pfandansprecher gleichzeitig anzusetzen seien, jedoch mit dem Beifügen, daß die Frist zur Klage gegen den Pfandansprecher erst mit dem Tage zu laufen beginnt, an welchem das gegenüber dem Eigentumsansprecher erstrittene günstige Urteil in Rechtskraft erwächst. Vgl. BGE. 56 III fol. 73. Art. 53 Abs. 2 KV. will aber nicht besagen, daß die Masse die in der vom Schuldner s. Z. gemieteten Lokalitäten befindlichen Gegenstände einem dritten Vindikanten, dessen Eigentumsanspruch sie nicht bestreiten will, herausgeben und damit das Retentionsrecht des Vermieters illusorisch machen könnte, BGE. 42 III 11.

[20]) Vergl. Sieburg, a.a.O. fol. 3; Oetker dagegen stellt fest, daß der Konkursverwalter verbunden sei, den Besitz für die Masse aufzugeben.

legte Sache selber zu holen und der Aufbewahrer sie zur Rücknahme bereit zu halten[21]).

Mit der Hauptsache hat die Konkursverwaltung auch die Zugehör und die natürlichen Früchte[22]) freizugeben. Die Uebergabe von Wertpapieren und die Rückübertragung von Rechten hat nach den hiefür geltenden Gesetzesbestimmungen zu erfolgen, z. B. durch Indossament bei Namenspapieren.

Ueber die Wahrung der Rechte der Konkursgläubiger vor der Herausgabe des betr. Objektes an den Dritten vergl. § 11 hiernach.

b) Die Verfügung auf Bestreitung des Anspruches.

Wenn die Konkursverwaltung den Anspruch des Dritten für unbegründet hält, hat sie denselben zurückzuweisen, wozu sie nach Art. 242 Al. 2 SchKG. dem Ansprecher eine Frist von zehn Tagen zur Anhebung der Klage anzusetzen hat. Die Konkursverwaltung hat hier nicht etwa nur von rein formellen Gesichtspunkten auszugehen, und ihren Entscheid nach ihrem freien Belieben oder gar nach Willkür zu treffen, sondern sie hat eine eingehende Prüfung über die Begründetheit des Anspruches anzustellen, wie sie es analog auch bezüglich der Forderungseingaben zu tun verpflichtet ist, wo Art. 244 und 245 SchKG. ihr für die Errichtung des Kollokationsplanes nicht sowohl eine Stellung als Massevertreterin sondern direkt richterliche Funktionen zuweisen, damit ein materiell richtiger, zu keinen Einsprüchen Anlaß bietender Kollokationsplan aufgelegt wird[23]). Was hier für die Passivmasse gilt, gilt entsprechend auch für die Aktivmasse, zumal der Aussonderungsansprecher selber nach Art. 232 Ziff. 2 SchKG. zur Einlegung der Beweismittel verpflichtet ist. Die Aussonderungsverfügung hat demnach so auszufallen, daß sie mit der wirklichen Ueberzeugung der Konkursverwaltung übereinstimmt. Von Bedeutung ist namentlich, daß allfällige, in

---

21) Art. 477 OR.; Hafner, Komm. N. 2.
22) Art. 643 und 644 ZGB. Vergl. § 5 II. hiervor.
23) Vgl. Archiv, Bd. X, fol. 138.

einem dem Konkurs vorangegangenen betreibungsrechtlichen Verfahren ergangene Verfügungen die Verfügung der Konkursverwaltung in keiner Weise präjudizieren[24]), speziell auch hinsichtlich eines vorangegangenen Widerspruchsverfahrens nach Art. 106—109 SchKG.[25]).

Die Konkursverwaltung hat, wie das Bundesgericht[26]) festgestellt, unter gegebenen Umständen das Recht und die Pflicht, das Verfahren nach Art. 242 SchKG. einzuleiten und damit die vom Dritten angesprochenen Gegenstände zurückzubehalten, ohne damit eine unerlaubte Handlung zu begehen[27]). Dagegen schließt allerdings eine Verfügung der Konkursverwaltung betr. Nichtherausgabe von Sachen, die von Dritten als Eigentum angesprochen werden, einen Schadenersatzanspruch nicht aus. Die Nichtherausgabe erfolgt nämlich als Akt administrativer, nicht richterlicher Natur auf Gefahr der Konkursverwaltung und kann eine allfällige, im Zivilrecht begründete Schadenersatzpflicht wegen Vorenthaltung des Eigentums nicht präjudizieren.

Zum Erlaß der Verfügung auf Abweisung des Aussonderungsanspruches ist (im Gegensatz zu derjenigen auf Anerkennung) die Konkursverwaltung von sich aus kompetent, ohne auf einen Beschluß der II. Gläubigerversammlung abstellen zu müssen[28]). Dies ergibt sich e contraria aus Art. 47 KV. Dagegen bleibt es der Konkursverwaltung auch hier unbenommen, wenn sie nicht selber verfügen will, einen Entscheid der Gläubigerversammlung zu provozieren, oder auf dem Zirkularwege herbeizuführen.

---

24) C. Jaeger, Komm. Art. 242, N. 2.

25) BGE. Bd. 32 II, N. 100. Umgekehrt stellt das Bundesgericht in Bd. 32 II, Nr. 20 fest, daß ein Verzicht auf das Eigentum (z. B. Nicht-Geltendmachung des Eigentumsvorbehaltes) im Betreibungsverfahren auch der Konkursmasse gegenüber fortdauere und könne daher in einem nachfolgenden Konkurse nicht mehr Aussonderung verlangt werden; ebenso C. Jaeger, Komm. Art. 242; Brüstlin, Archiv V 60. Vgl. auch Wagner, fol. 76.

26) BGE. 31 II, Nr. 19; Blumenstein, fol. 762.

27) BGE. Bd. 31 II, Nr. 19, Bd. 32 II, Nr. 39; Blumenstein, fol. 762, ZbJV. Bd. 43, fol. 437.

28) In diesem Sinne auch Reymond, fol. 129.

Die Verfügung selber kann hier sofort nach Ablauf der Eingabefrist erlassen werden. Sie hat die genaue Bezeichnung des streitigen Gegenstandes, bezüglich welchem ein Aussonderungsbegehren abgewiesen wird, sowie die genaue Bezeichnung des Beklagten, zu enthalten. Von Bedeutung ist ferner die Bestimmung in Art. 46 KV., wonach die Konkursverwaltung verpflichtet ist, in diese Klagefristsetzung die Androhung aufzunehmen, daß der Anspruch als verwirkt gelte, wenn die Frist nicht eingehalten werde. Es ist dies die Folge des, eine Präclusion ausdrücklich statuierenden Art. 242, Al 2[29]). Eine ungenügende Anzeige dagegen kann, da diese Bestimmungen im Interesse des Dritten strikte zu interpretieren sind, im Falle der Nichtbeachtung auch keine Verwirkungsfolgen haben[30]). Das Konkursamt hat in einem solchen Falle eine neue, den gesetzlichen Bestimmungen entsprechende Verfügung zu erlassen. Eine Darlegung der Gründe, die die Konkursverwaltung zur Bestreitung der Aussonderungsansprache veranlassen, ist dagegen nicht erforderlich[31]).

Läßt der Dritte die ihm gesetzte zehntägige Frist, die mit dem Tage der Zustellung der Anzeige beginnt, unbenützt verstreichen, so wird damit die Konkursverwaltung ermächtigt, die betreffende Sache ohne weiteres in das Verwertungsverfahren einzubeziehen. Die Frist selber ist eine eigentliche betreibungsrechtliche Frist[32]), die weder eine vertragliche Abänderung, noch bei Versäumnis eine amtliche Wiedereinsetzung zuläßt[33]). Die Frist wird auch nicht unterbrochen durch die Betreibungsferien.

---

[29]) Dagegen ist die Konkursverwaltung nicht verpflichtet, die Instanz, bei welcher der Dritte zu klagen hat, zu bezeichnen. Wenn eine falsche Instanz bezeichnet wird, wird die Verfügung dagegen nicht ungültig, da keine Verletzung eidg. Rechtes vorliegt; vgl. C. Jaeger, Komm. Art. 107, N. 3.

[30]) C. Jaeger, Komm. Art. 242, N. 5.

[31]) Blumenstein, fol. 767; C. Jaeger, Art. 242, N. 5; BGE. Bd. 22, N. 27.

[32]) Vgl. Blumenstein, fol. 196 u. ff.

[33]) Gilt auch für das Widerspruchsverfahren nach Art. 106—109 SchKG.; Pedrazzini, a.a.O. fol. 52.

Der Ausgang des Aussonderungsprozesses ist auch von Bedeutung hinsichtlich der Behandlung des von einem Konkursgläubiger bezüglich des Aussonderungsobjektes erhobenen Pfand- oder Retentionsrechtes. Gemäß Art. 53 Al. 3 KV. hat die Konkursverwaltung zu letzteren erstmals nach Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils im Aussonderungsprozeß Stellung zu nehmen. Wurde hierin das Aussonderungsrecht des Dritten anerkannt, so müssen die rechtlichen Beziehungen zwischen Pfandgläubiger und Dritten gemäß Vorstehendem außerhalb des Konkurses liquidiert werden. Wurde der Dritte dagegen abgewiesen, so ist nun, da das fragliche Pfand als Massabestandteil festgestellt ist, über das Pfandrecht im Kollokationsverfahren zu entscheiden.

c) Die Verfügung bei anerkannter Kompetenzqualität nach Art. 54, Al. 2 KV.

Zu den Aufgaben des Konkursamtes bei der Feststellung und Inventarisation gehört auch die Ausscheidung der Kompetenzstücke, die nach Art. 224 SchKG. dem Schuldner zur freien Verfügung überlassen, aber gleichwohl im Inventar aufgezeichnet werden. Von der Verfügung über die Kompetenzstücke selber ist nach Art. 32 KV. an der ersten Gläubigerversammlung durch Auflegung des Inventars den anwesenden Konkursgläubigern Kenntnis zu geben und es läuft alsdann für sie die Frist für die Beschwerde an die Aufsichtsbehörden von diesem Zeitpunkt an. Eine spätere Anfechtung durch die Konkursgläubiger wird in genannter Bestimmung ausdrücklich ausgeschlossen. Die II. Gläubigerversammlung kann daher bezüglich Kompetenzqualität keine neue Verfügung treffen und ist an die Maßnahmen des Konkursamtes (resp. bei Beschwerde an den Entscheid der Aufsichtsbehörde) gebunden. Nun ist sehr wohl möglich, daß bezüglich solcher Sachen, an denen die Kompetenzqualität ausdrücklich feststeht, von Dritten Aussonderungsansprüche gestellt werden. Da solche Objekte nicht mehr zum Konkurssubstrat gehören, kann auch die Konkursverwaltung keine Verfügung auf Zulassung oder Abweisung des Aussonderungsbegeh-

rens erlassen. Art. 54 KV. bestimmt nun diesbezüglich, daß das Verfahren nach Art. 242 SchKG. zu unterbleiben habe und der Dritte darauf zu verweisen sei, daß Ansprüche gegen den Kridaren außerhalb des Konkursverfahrens geltend zu machen seien. Die Verfügung der Konkursverwaltung hat also mehr negativen Charakter und besteht in einer Mitteilung an den Ansprecher, daß er direkt gegen den Gemeinschuldner vorzugehen habe. Eine Fristansetzung unterbleibt selbstverständlich, selbst auch für den Fall, daß der Gemeinschuldner nachträglich auf die Kompetenzqualität verzichtet[34]).

Im Konkursverfahren selber hat das Konkursamt gemäß früheren Entscheiden des Bundesgerichtes[35]) die Frage der Kompetenzqualität zuerst zu erledigen und den erhobenen Drittanspruch erst nachher zum Austrag zu bringen. Dies aus praktischen Gründen, da die Durchführung des Aussonderungsverfahrens für die Masse nur dann von Interesse ist, wenn die vom Dritten angesprochenen Gegenstände überhaupt der Zwangsverwertung unterliegen.

IV. Die Beschwerde.

Im Aussonderungsverfahren ist ein Beschwerderecht nach Art. 17 SchKG. gegen die Verfügung der Konkursverwaltung nur gegeben, wenn es sich um eine Verletzung der Verfahrensvorschriften handelt. Die materiellrechtliche Frage nach der Begründetheit der Aussonderung dagegen vermag niemals Gegenstand des Beschwerdeverfahrens zu sein, da die Erledigung der letzteren durch den Gesetzgeber ausdrücklich auf den Klageweg verwiesen ist[36]). Im Rahmen des Art. 17 SchKG. sind also lediglich die sog. Gesetzwidrigkeits-, Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerden gegeben. Was die Geset-

---

[34]) Ueber die Möglichkeit der Abtretung der Massarechte nach Art. 260 SchKG. vergl. Flachsmann, fol. 32.
Art. 54 Abs. 1 KV. findet auch Anwendung, wenn an Kompetenzstücken ein Retentionsrecht geltend gemacht wird, BGE. 40 III 55.

[35]) Bd. 28 I fol. 263, Bd. 36 I fol. 764.

[36]) BGE. Bd. 34 I No. 63, Bd. 35 I N. 102, vergl. auch 28 I N. 92.

zesverletzung anbelangt, sind natürlich nicht nur die Normen des Bundesgesetzes, sondern u. a. auch diejenigen der bundesgerichtlichen Verordnungen, speziell Art. 47 u. ff. KV. gemeint.

Bezüglich der Aktivlegitimation sind folgende Fälle auseinander zu halten:

a) Der Aussonderungsansprecher hat ein Beschwerderecht, wenn die Konkursverwaltung seinen Aussonderungsanspruch überhaupt unbeachtet läßt und das Verfahren nach Art. 242 gar nicht einleiten will, obschon die II. Gläubigerversammlung abgehalten und die Frist zur Stellung von Massarechtsabtretungen abgelaufen ist[37]). Gegen eine bereits erlassene Aussonderungsverfügung besteht ein Beschwerderecht in erster Linie dann, wenn die Verfahrensvoraussetzungen gar nicht gegeben sind, namentlich bezüglich der Frage nach dem Gewahrsam; die Prüfung ist Sache der Aufsichtsbehörde und nicht des Zivilrichters. Gegen die Beschlüsse der II. Gläubigerversammlung und gegen die Abtretung der Massarechte an die Einzelgläubiger nach Art. 260 hat der Dritte natürlich kein Beschwerderecht[38]), da gegen die Beschlüsse der II. Gläubigerversammlung sich, gleich wie bei der I. Versammlung nach Art. 239 nur die Gläubiger beschweren können.

b) In Bezug auf das Beschwerderecht der Gläubiger ist vor allem zu prüfen, ob bei der Abtretung der Massarechte nach Art. 260 SchKG. neben dem Recht auf Abtretung auch das Beschwerderecht gewährt werden muß gegen eine, das Aussonderungsrecht des Dritten anerkennende Verfügung der Konkursverwaltung. Wir folgen hier den zutreffenden Ausführungen von Götzinger[39]), der in Anlehnung an einen Entscheid des Bundes-

---

[37]) Ebenso ist die Verwertung von Vermögenswerten, auf die Aussonderungsansprüche erhoben wurden, anfechtbar, wenn sie vor Durchführung des Verfahrens nach Art. 242 Abs. 2 SchKG. erfolgte, BGE. 43 III 189.

[38]) BGE. Bd. 24 I, Nr. 92, Bd. 25 I, Nr. 123, Bd. 32 I, fol. 431; vgl. C. Jaeger, Art. 242 N. 3 und die dort zitierte weitere Judikatur; ferner Martin, fol. 260.

[39]) Götzinger, Art. 260 SchKG. und seine Anwendung in der Praxis, in ZSR., Bd. 25, fol. 511; ebenso Flachsmann, a.a.O., fol. 41. Unrichtig daher BGE. Bd. 28 I, 39.

gerichtes in Bd. 23/342 ein solches Beschwerderecht ablehnt, da es sich hier um eine Frage des materiellen Rechtes handle und zudem die praktischen Folgen der Zuerkennung eines derartigen Beschwerderechtes unhaltbar sind. Würde nämlich eine Beschwerde für zulässig erklärt und von der Aufsichtsbehörde die Anerkennung des Vindikationsanspruches gutgeheißen, so würde das keinen praktischen Wert haben, da nebenher jeder Gläubiger die Abtretung der Massarechte verlangen und vom Richter einen gegenteiligen Entscheid provozieren könnte, und umgekehrt könnte die Aufsichtsbehörde die Vindikation abweisen, während der Richter sie schützen würde.

Dagegen ist ein Beschwerderecht des Gläubigers dann gegeben, wenn durch die Herausgabe der angesprochenen Sache eine Verletzung des Beschlusses der II. Gläubigerversammlung gegeben ist oder die Herausgabe erfolgt, bevor die Frist zur Stellung des Abtretungsbegehrens nach Art. 48 KV. abgelaufen[40]), oder bevor in einem Aussonderungsprozeß ein rechtskräftiges Urteil gegeben ist[41]). Trotz der (zu Unrecht) erfolgten Herausgabe der angesprochenen Sache an den Dritten tritt in der rechtlichen Stellung des Abtretungsgläubigers keine Veränderung ein, er genießt immer noch die gleichen Vorteile, wie sie der Masse selber zustehen[42]). Die Beschwerde braucht daher nicht auf Rückübertragung der Sache in den Gewahrsam der Masse zu gehen, wie Flachsmann[43]) annimmt, sondern dahin, daß die Konkursverwaltung eine Verfügung zu erlassen habe, die der Rechtsstellung des Abtretungsgläubigers entspricht, wie wenn die Herausgabe gar nicht erfolgt wäre, denn bezüglich des Gewahrsams gilt nicht der Moment der Klageanhebung oder der Verfügung im Verfahren nach Art. 242 SchKG., sondern der

---

[40]) Unrichtig daher von Salis, Die Kompetenz des Bundesgerichtes in Betreibungs- und Konkurssachen, ZSR. 12, 591.

[41]) Götzinger, a.a.O. fol. 512, C. Jaeger, Komm. Art. 242 N. 3, Flachsmann, fol. 42.

[42]) Flachsmann, fol. 42, C. Jaeger, Komm. Art. 242, N. 4a. A. M. Archiv Bd. XII, N. 103, von Salis, a.a.O. fol. 591 und Bemerkung in den Motiven zu BGE. 54 III fol. 218. Vergl. ferner auch Reymond, fol. 125 ff.

[43]) a.a.O. fol. 42.

Moment der Geltendmachung des Aussonderungsanspruches[44]). Wesentlich ist also der Umstand, daß er nicht als Kläger aufzutreten hat, sondern nach wie vor die Vorteile der Beklagtenrolle genießt.

c) Zur Beschwerde gegen die Verfügung der Konkursverwaltung ist endlich auch der Gemeinschuldner legitimiert, obwohl ihm die Verfügungsgewalt über sein Vermögen entzogen ist. Es ist aber nicht zu verkennen, daß hier eine direkte betreibungsrechtliche Beziehung zur Aussonderungsverfügung der Konkursverwaltung und ein vermögensrechtliches Interesse besteht, was ihm die Beschwerdelegitimation verschafft[45]).

§ 11. Schutzbestimmungen zugunsten der Gläubiger.

Eine Herausgabe der angesprochenen Objekte an den Drittansprecher kann nach Art. 51 KV. nur erfolgen, wenn das Eigentum des Drittansprechers von vornherein als bewiesen zu betrachten ist oder die sofortige Herausgabe des angesprochenen Gegenstandes in offenbarem Interesse der Masse liegt oder endlich vom Drittansprecher angemessene Kaution geleistet wird. Hier kann die Konkursverwaltung von sich aus, ohne Befragung der Gläubiger, über die gestellten Aussonderungsansprüche befinden. In allen übrigen Fällen hat sie dagegen vorerst die Rechte der Gläubiger nach Art. 47—50 KV. zu wahren, denn die Gläubigerschaft hat am Bestand der Konkursmasse ein vitales Interesse und es ist ihr daher auch bei der Abgrenzung derselben und damit auch beim Aussonderungsverfahren ein weitgehendes Mitspracherecht eingeräumt.

---

[44]) Vergl. § 6 Ziffer 5 hievor.

[45]) Blumenstein, fol. 82. Eine analoge Regelung hat auch das deutsche Konkursrecht, wo der Schuldner gegen die seitens des Konkursverwalters erfolgte Heranziehung eines seiner Ansicht nach von der Konkursmasse auszunehmenden Gegenstandes gemäß § 72 DKO. eine Einwendung im Sinne von § 766 der Civilprozeßordnung beim Gericht erheben kann.

Schon vor Erlaß dieser Bestimmungen hat das Bundesgericht die Verfügungen der Konkursverwaltungen, die dahin gingen, den Entscheid über die Aussonderungsansprüche nicht selbst zu treffen, sondern den einzelnen Gläubigern zu überlassen, geschützt, da die Vindikanten dadurch weder in einem, ihnen zustehenden Recht verletzt, noch auch in ihrer rechtlichen Stellung hinsichtlich der Geltendmachung ihres Vindikationsanspruches beeinträchtigt würden[1]).

In der Sache selber hat s. Z. auch das Obergericht des Kantons Luzern[2]) festgestellt, daß Art. 242 SchKG. mit Art. 260 in Verbindung zu bringen ist und daß daher die Konkursverwaltung, sei es nun, daß sie die Ansprüche des Dritten als begründet erachtet, sei es, daß sie dieselben nicht als rechtlich fundiert findet, aber mangels freier Massaaktiven gleichwohl von sich aus nicht prozessieren will, die Gläubiger, und zwar vornehmlich an der II. Gläubigerversammlung in die Lage versetzen soll, zu den erhobenen Ansprüchen Stellung zu nehmen, und zwar als gesamte Masse gegen den Ansprecher den Prozeß zu riskieren oder aber die Wahrung der rechtlichen Interessen den einzelnen Gläubigern, die sich dazu verstehen können, zu überlassen[3]). Vom Gedanken ausgehend, daß die Gläubigerversammlung dem Konkursverwalter und Gläubigerausschuß verbindliche Direktiven für alle ihnen zukommenden Angelegenheiten geben kann, anerkennt auch Seuffert[4]), daß die Versammlung darüber beschließen könne, wie sich der Verwalter in bezug auf Aussonderungsansprüche verhalten soll.

Heute bestimmt nun Art. 47 KV. ausdrücklich, daß für den Fall der Anerkennung des Aussonderungsanspruches durch die Konkursverwaltung die Anzeige davon an den Drittansprecher und die Herausgabe des angesprochenen Gegenstandes an ihn unterbleiben soll, bis feststeht, ob die II. Gläubigerversammlung etwas anderes beschließt oder ob nicht einzelne Gläubiger nach Art. 260 Abtretung der Ansprüche der Masse auf den Gegenstand

---

1) BGE. Bd. 23 I, Nr. 177; Bd. 24 I, Nr. 153.
2) Luz. ObG. Max. IV, N. 634, April 1897.
3) Vgl. auch BGE. 30 I, Nr. 137, 32 I, Nr. 118. 35 I, 103, 36 I, 77.
4) Konkursprozeßrecht, fol. 170.

verlangen. Anderseits kann der einzelne Konkursgläubiger mit einem Drittansprecher einen Aussonderungsprozeß nur und erst dann führen, wenn die II. Gläubigerversammlung auf die Bestreitung des Aussonderungsanspruches verzichtet und die Konkursverwaltung den betreffenden Masserechtsanspruch an jenen Konkursgläubiger abgetreten hat[5]).

Mit C. Jaeger[6]) ist ferner festzustellen, daß der Dritte, dem gegenüber die Konkursverwaltung einen Aussonderungsanspruch anerkannt hat, bevor die Gläubigerversammlung zur Sache Stellung beziehen konnte, dadurch noch kein unanfechtbares Recht auf Aussonderung aus der Masse erworben hat, da die Konkursverwaltung durch ihre verfrühte Anerkennung die Grenze ihrer Kompetenz überschritten hat[7]).

a) Die Kompetenzen der Gläubigerversammlung.

Nach dieser Bestimmung ist es also vorerst Sache der Gläubigerversammlung, über die Gutheißung oder Ablehnung von Aussonderungsansprüchen zu befinden und läßt sich im Hinblick auf den klaren Wortlaut von Art. 47 KV. die von Blumenstein[8]) und Reichel[9]) vertretene Ansicht, daß die Konkursverwaltung von sich aus zu einer Herausgabe kompetent sei, ohne gegen außen oder innen an eine ausdrückliche Ermächtigung seitens der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses gebunden zu sein, nicht mehr rechtfertigen. Der Beschluß der Gläubigerversammlung hat auch für die Konkursverwaltung ei-

---

[5]) Vgl. BGE. Bd. 54 III, fol. 217.

[6]) Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis I, fol. 78.

[7]) Den gegenteiligen Standpunkt vertritt allerdings Reymond, fol. 121, welcher annimmt, daß die Bestimmung von Art. 47 KV. nur „une règle d'administration interne" sei, weshalb auch eine von der Konkursverwaltung in Mißachtung von Art. 47 KV. erlassene Verfügung rechtsgültig sei, wenn sie dem Ansprecher vorbehaltlos mitgeteilt wurde. In diesem Sinne auch Bl.Zü.R. XXIV, 115. Vergl. hiezu auch ZbJV. Bd. 72 fol. 785 und BGE. 38 I 66.

[8]) Handbuch, fol. 760.

[9]) Komm. Art. 242 N. 1.

nen verbindlichen Charakter und hat letztere im Sinne dieser Beschlüsse ihre Verfügung nach Art. 242 SchKG. zu erlassen[10]). Dies ergibt sich auch aus der Bestimmung von Art. 253 Al. 3 SchKG., wonach die II. Gläubigerversammlung unbeschränkt alles weitere für die Durchführung des Konkurses anordnet, was speziell auch die Beschlußfassung über hängige Aussonderungsbegehren in sich schließt. Eine Anerkennung der Aussonderungsansprüche sowie auch der Abschluß eines Vergleiches[11]) hierüber kann jedoch nur unter Vorbehalt der Rechte der Einzelgläubiger nach Art. 260 erfolgen. Unter besonderen Umständen wird die Masse auf die Bestreitung des Aussonderungsanspruches verzichten, nämlich um einen dem Aussonderungsberechtigten gleichzeitig zustehenden Forderungsanspruch durch Kompensation zu tilgen und damit sie schwer belastende Barleistungen zu vermeiden. Dies kann namentlich beim Aussonderungsrecht der Ehefrau zutreffen. Wenn nämlich der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 das Aussonderungsrecht der Ehefrau hinsichtlich der von ihr angesprochenen Gegenstände im nachfolgenden Prozeß nach Art. 242 Al. 2 wegweisen kann, kommt ihm das Ergebnis dieses Prozesses allein zu (Art. 260 Al. 2). Dies hat dann zur Folge, daß die privilegierte Frauengutsforderung bis zur Hälfte der gesamten Frauengutsforderung anwachsen kann, da die Privilegierung nach Art. 219 ZGB. nur so weit gegeben ist, als die Ehefrau nicht durch die Rücknahme der nicht vorhandenen Vermögenswerte für die Hälfte ihres Eingebrachten bereits gedeckt ist[12]).

Kommt die II. Gläubigerversammlung nicht zustande, so erklären nach Blumenstein[13]) die Gläubiger damit stillschweigend, daß sie der Konkursverwaltung die Leitung des Konkurs-

---

[10]) In gleicher Weise befindet die Gl.-Vers. auch darüber, ob nicht in der Verfügungsgewalt der Masse befindliche Objekte zu admassieren seien. In der Versammlung ist auch Gelegenheit zur Stellung von Anträgen zur Beschlußfassung über die Anerkennung von Eigentumsvorbehalten zu geben. BGE. 54 III 66.

[11]) Flachsmann, a.a.O. fol. 59.

[12]) BGE. 45 III No. 11, Flachsmann, fol. 62.

[13]) Handbuch, fol. 803.

verfahrens überlassen, weshalb in diesem Falle die Beschlußfassung über die Aussonderungsansprüche einzig von der Konkursverwaltung ausgeht (allerdings auch hier unter Vorbehalt der Rechte der Einzelgläubiger nach Art. 260). Will diese nicht selber entscheiden, so steht ihr das Recht zu, noch weitere Gläubigerversammlungen einzuberufen, oder auf dem Zirkularweg die Entscheidung der Gläubiger einzuholen[14]).

Da die Abtretung von Massarechtsansprüchen davon abhängt, daß die Gesamtheit der Gläubiger auf deren Geltendmachung verzichtet, so ist konsequenterweise erforderlich, daß die II. Gläubigerversammlung zu den gestellten Aussonderungsbegehren eindeutig Stellung bezieht. Wie das Bundesgericht in einem Entscheid[15]) bemerkt, muß diesbezüglich allermindest verlangt werden, daß die Konkursverwaltung den Teilnehmern ausdrücklich Gelegenheit gibt, Anträge zu stellen, welche auf eine Beschlußfassung über die Anerkennung oder Nichtanerkennung abzielen, da es umgekehrt zu weit führen würde, als Voraussetzung der Anerkennung einer Eigentumsansprache einen ausdrücklichen Beschluß zu verlangen.

b) Die Abtretung der Massarechte nach Art. 260 SchKG

Wenn die II. Gläubigerversammlung ein gestelltes Aussonderungsbegehren anerkennt, oder die Aufnahme eines Prozesses nach Art. 242 Al. 2 SchKG. ablehnt, so erhält die Konkursverwaltung noch nicht die Kompetenz zur Herausgabe des angesprochenen Gegenstandes; sie hat vielmehr abzuwarten, ob nicht Begehren um Abtretung der Masserechte nach Art. 260 erfolgen. Der Verzicht der Gläubigergesamtheit, den Anspruch auf Kosten der Masse zu verfolgen, betrifft nur die Rechte der Masse, auf

---

[14]) C. Jaeger, Komm. Art. 254, N. 3. Dieses Verfahren ist auch einzuschlagen bei nachträglich eingegebenen Ansprüchen, Art. 55 KV. Die Konkursverwaltung kann hier die Androhung erlassen, daß ihr Antrag zum Beschluß erhoben wird, wenn nicht die Mehrheit der Gläubiger binnen einer angesetzten Frist Einspruch erhebt, BGE. 54 III 24.

[15]) BGE. 54 III fol. 286.

keinen Fall aber das Sonderrecht des Einzelgläubigers auf Abtretung nach Art. 260[16]). Anderseits ist, wie das Bundesgericht feststellt[17]), der Beschluß der Gläubigerversammlung, den Prozeß nicht auf eigene Kosten zu führen, ein interner Vorgang im Innern der Gläubigerschaft und keine Rechtshandlung gegenüber den dritten Ansprechern, weshalb sich diese daher auch nicht darauf als auf eine die Masse bindende und für sie rechtsbegründende Tatsache berufen können. Zu beachten ist ferner, daß die Mitteilung der Konkursverwaltung an den Drittansprecher, daß der Anspruch anerkannt werde, falls diese Mitteilung in Verletzung des in Art. 47 und 48 KV. vorgeschriebenen Verfahrens erfolgte, die Rechte der Gläubiger auf Abtretung der Ansprüche der Masse nicht tangiert werden[18]).

Die Abtretung der Massarechte, die mit der obligationenrechtlichen Zession nichts zu tun hat, ist ihrer juristischen Struktur nach, nach den Ausführungen von Flachsmann[19]) ein im öffentlichen Recht normierter Auftrag zur Prozeßführung an die Konkursgläubiger und finden daher die obligationenrechtlichen Bestimmungen über den Auftrag analoge Anwendung. Hieraus folgt, daß eine Abtretung an den Dritten, gegen den sich der Anspruch selbst richtet, unmöglich ist, weil eine Person einen fremden Anspruch nicht selbst bei sich geltend machen oder sich selbst beim Gericht einklagen kann[20]). Ein Konkursgläubiger, der zugleich ein Aussonderungsbegehren gestellt hat, kann sich daher bezüglich des letztern nicht die Massarechte abtreten lassen. Die Abtretung selber äußert ihre Wirkungen nur während der Dauer des Konkursverfahrens und wird daher hinfällig, wenn der Schuldner vor Schluß des Konkurses wieder in sein Vermögen eingesetzt wird.

Ueber die Frage der Zulässigkeit der Abtretung dieser Massarechte bestanden einige Zeit Zweifel, die hervorgerufen waren

---

16) Flachsmann, a.a.O. fol. 57.
17) BGE. Bd. 27 II N. 15, Blumenstein, Handbuch, fol. 803, N. 26.
18) Vgl. BGE. Bd. 54 III, fol. 170.
19) a.a.O., fol. 6, ferner C. Jaeger, Komm. Art. 260 und die daselbst zitierte Judikatur.
20) Flachsmann, a.a.O., fol. 1[illegible]

durch die Stellungnahme des Bundesgerichtes. Dieses hatte in einem Entscheide vom 28. Februar 1901 (Bd. 27, Nr. 15) die Zulässigkeit bejaht, da unter die Rechtsansprüche nach Art. 260 nicht nur solche positiver, sondern auch diejenigen negativer Natur fallen. Später[21]) wurde diese Auffassung verlassen und eine Abtretungsmöglichkeit abgelehnt, da Art. 260, wie sich aus dessen Wortlaut ergebe, nicht von der Bestreitung eines der Masse gegenüber erhobenen, sondern umgekehrt von der Geltendmachung eines der Masse zustehenden Anspruches handle, wobei speziell die Auffassung, nach welcher der Anspruch auf Admassierung eines Vindikationsobjektes, als ein im Sinne von Art. 260 abtretbarer Rechtsanspruch erscheine, ausdrücklich abgelehnt wurde. Diese Auffassung ist mit Recht von Brand[22]) bestritten worden, u. a. auch mit Hinweis darauf, daß unter den Rechtsansprüchen der Masse ihre gesamten Vermögensrechte zu verstehen sind, gleichgültig, ob sie dieselben in der Stellung einer Klägerin oder einer Beklagten wahrzunehmen hätte und es keinen Unterschied mache, ob sich das Objekt in der Masse oder bei einem Dritten befinde. In diesem Sinne hat denn auch spätur das Bundesgericht die Zulassung der Abtretbarkeit wieder bejaht[23]), da die Bestreitung eines erhobenen Aussonderungsanspruches der Geltendmachung eines Admassierungsanspruches gleichkomme, und ein solcher füglich Gegenstand einer Abtretung im Sinne von Art. 260 SchKG. zu bilden vermöge und weiter, daß Art. 260, welcher ganz allgemein von Rechtsansprüchen und nicht nur von Forderungen spreche, unbedenklich auf Vindikationsansprüche an Sachen angewendet werden könne, und zwar nicht nur dann, wenn das betreffende Objekt sich im Besitze eines Dritten, sondern auch dann, wenn sich dasselbe im Besitz des Kridaren resp. der Konkursverwaltung befindet. Art. 47 u. ff. KV. haben mit ihrer deutlichen Festlegung dieser Kontroverse ein Ende bereitet.

Die Wirkung der Massarechtsabtretung äußert sich nicht schon mit dem Verzichtsbeschluß der Gläubigerversammlung,

---

21) BGE. Bd. 29 II, Nr. 47; 30 II Nr. 42.
22) Archiv, Bd. VII, fol. 202, u. X, fol. 142.
23) BGE. 30 II N. 64, Bd. 32 II No. 24, Archiv X, fol. 144.

sondern erst mit Ausstellung und Aushändigung der in Art. 2 und 80 KV. vorgeschriebenen Abtretungsurkunde. Im Anschluß hieran hat nach Art. 52 KV. bei bestrittenen Aussonderungsansprüchen die Konkursverwaltung dem Dritten die in Art. 247 Al. 2 SchKG. vorgeschriebene Frist zur Klage anzusetzen, unter Angabe der Gläubiger, die die Abtretung verlangt haben und gegen die er als Vertreter der Masse gerichtlich vorzugehen hat. Im Verfahren selber tritt nun der Abtretungsgläubiger in die gleiche rechtliche Stellung wie die Konkursmasse und hat ihm letztere natürlich alle bei den Konkursakten befindlichen Prozeßmaterialien zur Verfügung zu stellen. Der im Gewahrsam der Konkursmasse über die herausverlangte Sache begründete Prozeßvorteil der Beklagtenrolle gilt natürlich in gleicher Weise auch für den Abtretungsgläubiger[24]). Der Drittansprecher trägt auch ihm gegenüber die Beweislast. Läßt er ferner die zehntägige Klagefrist unbenützt ablaufen, so hat er seinen Anspruch verwirkt. Wie Flachsmann[25]) richtig bemerkt, treten in diesem Falle zugunsten des Abtretungsgläubigers Rechtswirkungen ein, ohne daß er irgendwelche Schritte zur Geltendmachung tun muß und genügt die bloße Tatsache, daß er den von der Masse nicht bestrittenen Anspruch dem Drittansprecher durch Erklärung des Abtretungsbegehrens streitig macht, um ein erfolgreiches Ergebnis zu erzielen[26]).

[24]) Vergl. BGE. 27 I fol. 233.

[25]) a.a.O. fol. 95, Götzinger, a.a.O. fol. 513. Wenn der Ansprecher seinerseits die Aussonderung fallen läßt, und zwar innerhalb der von der Konkursverwaltung den Konkursgläubigern angesetzten Frist zur Abtretung der Rechte nach Art. 260, kommt dieser Verzicht nicht der Gesamtgläubigerschaft zugute, sondern nur denjenigen Konkursgläubigern, welche sich die Rechte der Masse abtreten ließen, BGE. 27 II fol. 127, ZbJV. 40, fol. 703.

[26]) Da der Verzicht der Konkursverwaltung auf Bestreitung der an einem Gegenstand geltend gemachten Aussonderungsansprachen den Bestand der an demselben angemeldeten Pfandrechte nicht berührt, vermag auch die erfolgreiche Prozeßführung einem Abtretungsgläubiger nach Art. 260 nicht einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem g a n z e n Erlös zu verschaffen, sondern nur auf die Differenz zwischen Gesamterlös und Betrag der im Kollokationsverfahren anerkannten vorgehenden beschränkten dinglichen Rechte, BGE. 42 III fol. 486.

Von Bedeutung ist auch noch die Frage nach der Frist, innerhalb welcher das Abtretungsbegehren gestellt werden kann. Eine beförderliche Durchführung des Konkursverfahrens und speziell die Erledigung der Aussonderungsansprüche läßt hier eine Befristung als geboten erscheinen. Art. 260 SchKG. enthält nun allerdings keine ausdrückliche Normierung, dagegen bestimmt Art. 48 KV., daß die Konkursverwaltung in der Einladung zur II. Gläubigerversammlung ausdrücklich zu bemerken habe, daß Abtretungsbegehren im Sinne von Art. 260 bei Vermeidung des Ausschlusses in der Versammlung selbst oder spätestens binnen zehn Tagen nach ihrer Abhaltung zu stellen sind. Diese Frist ist u. E. eine Präclusivfrist und kann durch die Konkursverwaltung nicht verlängert werden, wie Flachsmann[27]) annimmt. Die Konkursverwaltung kann vielmehr nach unbenütztem Ablauf ihre, den Aussonderungsanspruch anerkennende Verfügung, als in Rechtskraft erwachsen betrachten und daher die Herausgabe der angesprochenen Sache an den Aussonderungsberechtigten bewerkstelligen. Eine Besonderheit besteht nach Art. 48, Al. 2 KV. dann, wenn besondere Umstände des Falles eine Erledigung schon vor der II. Gläubigerversammlung als wünschenswert erscheinen lassen. Hier kann die Konkursverwaltung eine besondere Gläubigerversammlung einberufen, für die dann die Bestimmungen über die Befristung des Abtretungsbegehrens entsprechend zur Anwendung kommen oder sie kann den Gläubigern auf dem Zirkularweg eine Frist zur Stellung des Abtretungsbegehrens stellen, und zwar wiederum mit Präclusivwirkung. Im summarischen Verfahren hat nach Art. 49 KV. in wichtigeren Fällen eine Fristansetzung zu erfolgen, welche mit der Bekanntmachung der Auflegung des Kollokationsplanes zu verbinden ist.

Da hier in der Regel keine Gläubigerversammlungen stattfinden, entscheidet die Konkursverwaltung über die Durchführung der Verwertung. Sie ist daher auch zum Verzichte auf die Geltendmachung von Rechtsansprüchen namens der Masse be-

---

[27]) a.a.O. fol. 83. Für Verwirkung auch BGE. 34 II 13, C. Jaeger, Komm. Art. 206, N. 2.

fugt, wie sie auch allein über die Anerkennung oder Abweisung von Aussonderungsansprüchen verfügt[28]). Wenn besondere Umstände es rechtfertigen, kann die Konkursverwaltung jedoch die Gläubiger hiezu zu einer Versammlung einberufen oder einen Gläubigerbeschluß auf dem Zirkularweg herbeiführen[29]).

Wie wir bereits ausgeführt haben, können Aussonderungsansprüche nach Ablauf der Eingabefrist nachträglich noch bis zur Verteilung des Erlöses geltend gemacht werden. Hier ist also unter Umständen die II. Gläubigerversammlung noch gar nicht in der Lage, zu einem Aussonderungsbegehren Stellung zu nehmen. In diesem Falle kommen die schon erwähnten Verfahrensvorschriften analog zur Anwendung, d. h. die Konkursverwaltung hat nach Art. 50 KV. den Anspruch durch öffentliche Bekanntmachung oder durch Zirkular mitzuteilen, oder es ist wenn nötig, eine besondere Gläubigerversammlung einzuberufen.

---

[28]) Flachsmann, a.a.O., fol. 80.
[29]) Art. 96 KV.

2. Abschnitt.

Das gerichtliche Aussonderungsverfahren.

§ 12. Die Aussonderungsklage nach Art. 242 Al. 2 SchKG.

I. Juristische Natur der Klage.

Wie schon wiederholt bemerkt, hat der Aussonderungsansprecher, sofern die Konkursverwaltung eine abweisende Aussonderungsverfügung getroffen hat, sein Recht vor dem Richter geltend zu machen und Klage anzuheben. Was die Frage nach der Rechtsnatur dieser Klage anbelangt, möchten wir nur auf unsere Ausführungen im allgemeinen Teil hinweisen, wo wir uns für den betreibungsrechtlichen Charakter des Aussonderungsverfahrens entschieden haben, da hier einzig zu prüfen ist, ob das von Dritten angesprochene Rechtsobjekt als Teil des Konkurssubstrates zu betrachten und dementsprechend in das Verwertungsverfahren einzubeziehen sei oder nicht. Bezüglich der Klage nach Art. 242 Al. 2 SchKG. haben wir daher die von C. Jaeger, Reichel, Reymond, sowie einem Teil der deutschen Autoren vertretene Ansicht, wonach es sich hier um eine eigentliche zivilrechtliche Vindikationsklage handle, abgelehnt und uns der These von Blumenstein angeschlossen, der die Klage der Aussonderungsberechtigten als eine rein betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht betrachtet. Ihrer rechtlichen Struktur nach hat daher die Aussonderungsklage trotz der Verschiedenheit des Verfahrens Beziehungen mit der Kollokationsklage nach Art. 250 SchKG., wo der Verfahrensrechtliche Charakter nicht bestritten ist. Denn auch bei dieser handelt es sich um eine betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkungen auf das materielle Recht, die gerichtet ist auf den Umfang der Passivmasse, während bei jener in analoger Weise der Umfang der Aktivmasse in Frage steht. Noch wichtiger ist

das Verhältnis zur Widerspruchsklage nach Art. 107 SchKG. (deren betreibungsrechtliche Charakter auch von C. Jaeger anerkannt wird)[1]). Auch hier ist die Frage zu prüfen, ob und inwieweit ein bestimmter Vermögenswert der Befriedigung der Gläubiger zu dienen habe und daher in den Pfandnexus einzubeziehen sei oder nicht.

Ihrer rein prozessualen Natur nach ist die Aussonderungsklage eine betreibungsrechtliche Feststellungsklage, im Gegensatz zur Leistungsklage oder Rechtsgestaltungsklage, da sie nicht einen Leistungsbefehl ausspricht oder eine Aenderung des bestehenden Rechtszustandes bewirkt, sondern sich auf den Ausspruch der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtszustandes beschränkt und so einen bestimmten Anspruch sichert[2]). Durch diese Klage ist natürlich nicht das die Aussonderung begründende, zwischen Gemeinschuldner und Drittansprecher bestehende materielle Rechtsverhältnis festzustellen, sondern nur der Anspruch des Dritten auf Aussonderung des von ihm angesprochenen Gegenstandes aus der Konkursmasse[3]), d. h. die Tatsache, daß das betr. Objekt nicht der konkursrechtlichen Verwertung unterliegen kann.

II. Klagefrist

Die Klage selber ist — im Gegensatz zum deutschen Recht, wo sie in jedem Stadium des Konkursverfahrens erhoben werden kann — gemäß Art. 242 Al. 2 SchKG. innert zehn Tagen

---

[1]) Komm. Art. 107, N. 5; BGE. 31 II, Nr. 102, 30 II, Nr. 100, 41 III, Nr. 14; Wagner, fol. 21 & 76; a. Meinung BGE. Bd. 24 I, No. 29.

[2]) Vergl. Busch, Feststellungsklage im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, fol. 402; a. M. Seuffert, fol. 90, der sie als Leistungsklage betrachtet, mit dem Bemerken, daß auch eine Feststellungsklage denkbar sei, wenn ein Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses vorhanden ist, ebenso Sieburg, fol. 65, E. Jaeger, Komm. DKO. fol. 781, derselbe, Konkursrecht, fol. 73.
Die Widerspruchsklage nach Art. 106/9 SchKG. dagegen sieht Wagner, a.a.O. fol. 11 und 19, nicht als Feststellungs- sondern als Gestaltungsklage an, da hier eine Feststellungsklage nicht ausreiche.

[3]) Vergl. E. Jaeger, Konkursrecht, fol. 73.

anzuheben, ansonst sie verwirkt ist[4]). Eine Ausnahme ist in dem Falle gegeben, wo der Drittansprecher schon vor Konkursausbruch einen Prozeß angehoben hatte und im Verlauf des Konkursverfahrens eine Anerkennung seines Anspruches durch die Konkursverwaltung nicht erfolgte. Hier kann der Ansprecher ohne Rücksicht auf die Frist des Art. 242 SchKG. den Prozeß gegen die Masse fortsetzen. Das zuständige Gericht hat von Amtes wegen die Einhaltung dieser Frist zu prüfen und die Klage bei verspäteter Einreichung abzuweisen, denn die Fristansetzung ist nicht nur eine Prozeßvoraussetzung, sondern sie gehört direkt zum Fundament der Klage[5]). Die von Blumenstein[6]) bezüglich der Widerspruchsklage vertretene Ansicht, daß das Gericht die vom Betreibungsbeamten getroffene Fristansetzung nicht zu überprüfen habe, da dieselbe als Funktion des Vollstrekkungsverfahrens nur der Ueberprüfung durch die Aufsichtsbehörden unterstehe, gilt u. E. in gleicher Weise für die Verfügung der Konkursverwaltung nach Art. 242 SchKG.[7]).

Für die Bestimmung von Beginn und Endtermin der Frist gilt Art. 31 SchKG. Die Klagefrist selber wird nicht unterbrochen durch Betreibungsferien und Rechtsstillstand und auch nicht durch die Gerichtsferien des kant. Prozeßrechtes. Der Beginn des Fristenlaufes setzt eine ordnungsgemäße Zustellung der Fristansetzung durch das Konkursamt voraus. Der Anfang des Fristenlaufes fällt nicht zusammen mit dem Zeitpunkt der Zustellung. Die Frist beginnt erst am folgenden Tage und läuft am zehnten Tage, abends 6 Uhr ab. Die Frist gilt als eingehalten, wenn der Aussonderungsansprecher die Klage spätestens am letzten Tage vor abends 6 Uhr einer schweiz. Poststelle aufgibt (Art. 32 SchKG.).

---

4) Martin, a.a.O. fol. 259. Wenn auf eine vom Drittansprecher gegen die erfolgte zehntägige Klagefristansetzung erhobene Beschwerde die Aufsichtsbehörde Suspensiveffekt zuerkennt, so wird dadurch der Beginn des Laufes der Klagefrist auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Beschwerdeentscheides und nicht etwa auf den Ablauf der zehntägigen konkursrechtl. Weiterziehungsfrist hinausgeschoben, vergl. BGE. 31 I, fol. 356, ZbJV. Bd. 60, fol. 279.

III. Klageanhebung.

Ueber das Prozeßverfahren hat der Bundesgesetzgeber wie in der Widerspruchsklage so auch hinsichtlich der Aussonderungsklage (im Gegensatz zur Kollokationsklage, vgl. Art. 250, Al. 4 SchKG.) keine speziellen Vorschriften erlassen, so daß die Regelung desselben Sache der Kantone ist, die hiefür das ordentliche oder das beschleunigte Verfahren festlegen können[8]). Nach dem jeweiligen kantonalen Prozeßrecht entscheidet sich daher auch die Frage, mit welcher prozessualen Handlung und in welcher Form die Klage als angehoben gilt. Primär entscheidet jedoch, wie das Bundesgericht feststellte[9]) das eidgenössische Recht, was unter Klageerhebung zu verstehen ist und welcher Vorgang des kantonalen Prozeßverfahrens unter diesen Begriff fällt. Die Frage, welche im kantonalen Prozeßrechte geregelte Handlung als Klageerhebung betrachtet werden kann, muß sich im Zweifel nach Sinn und Zweck der Vorschriften des Konkursgesetzes und somit nach eidgenössischem Rechte regeln und es müssen daher auch die zur Anwendung des eidg. Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes berufenen Organe in concreto entscheiden, ob ein gewisser prozessualer Vorgang sich als Klageanhebung im Sinne der bundesrechtlichen Vorschriften darstellt. Als Ergänzung hiezu hat das Bundesgericht in einem andern Entscheide[10]) festgestellt, daß in diesem Sinne als Klageanhebung die erste Handlung des Klägers zu gelten hat, die den Prozeß einleitet, den richterlichen Rechtsschutz sucht, ihn in gesetzlich gültiger Weise vorbereitet und daß daher, wenn das kantonale

---

5) BGE. 42 III No. 30. Betr. Innehaltung der Frist bei Zustellung durch die Post vergl. BGE. Bd. 41 III No. 8 und Bd. 53 III fol. 184.

6) Handbuch, fol. 395, N. 37.

7) Anderer Meinung BGE. 24 II, Nr. 61.

8) In diesem Sinne auch bezüglich der Widerspruchsklage Peter, a.a.O., fol. 384, C. Jaeger, Komm. Art. 107, N. 5, Reichel, Komm. Art. 106; unentschieden dagegen Blumenstein, fol. 391. Das beschleunigte Verfahren kommt zur Anwendung in Zürich, Bern, Schwyz, Zug.

9) BGE. Bd. 33 I, N. 96; Bd. 41 III, fol. 390, Wagner, fol. 38.

10) BGE. Bd. 35 II, No. 15; vergl. auch Luzern, Obergericht, in BSchK. 11, fol. 174.

Prozeßrecht der gerichtlichen Klage vorgängig eine Anrufung des Friedensrichters vorschreibt, schon diese Anrufung als Anhebung der Klage anzusehen ist. Es ist daher nicht auf den kantonalrechtlichen Moment der Litispendenz, sondern auf den bundesrechtlichen Begriff der Klageanhebung abzustellen[11]). Die beiden Begriffe Klageeinreichung und Rechtshängigkeit brauchen sich somit nicht zu decken. Für letztere gilt nach wie vor das kantonale Prozeßrecht, das auch über die Form der Klage befindet. Wie im Widerspruchsverfahren geht auch hier als Folge der Rechtshängigkeit während der Dauer des Prozesses die Befugnis zu vorzeitiger Verwertung der Sache auf das Gericht über[12]).

Sofern die II. Gläubigerversammlung nicht etwas anderes beschließt, kann die Masse vor der Urteilsfällung mit dem Aussonderungsansprecher einen Vergleich abschließen[13]) oder den Anspruch desselben anerkennen und Prozeßabstand erklären[14]).

IV. Gerichtsstand und Streitwert.

Für eine Reihe von Klagen nach SchKG. sind ausdrücklich bundesrechtliche Gerichtsstandsbestimmungen im Gesetze festgelegt, wie für die Klage nach Art. 148 und 250. Für andere Klagen bleibt die Bestimmung des Gerichtsstandes dem kantonalen Recht überlassen, wie bei der Widerspruchsklage nach Art. 106—109 und ebenso bei der Aussonderungsklage nach Art.

---

11) Vergl. C. Jaeger, Komm. Art. 242, Wagner, fol. 40, zweifelnd Blumenstein, fol. 769, N. 2.

12) BGE. 35 I 277, Luzern, Obergericht, Max. V 680, Wagner, fol. 54.

13) Da ein Vergleich als Geltendmachung des Anspruches aufgefaßt wird, entfällt natürlich das Recht des Einzelgläubigers auf Abtretung nach Art. 260 SchKG.; Flachsmann, fol. 59, C. Jaeger, Komm. Art. 242, N. 6. Dies gilt auch dann, wenn bei einem vom Drittansprecher schon vor Konkursausbruch angehobenen Rechtsstreit im Konkursverfahren durch die Konkursverwaltung innert der Frist von Art. 207 SchKG. eine Anerkennung des Anspruches erfolgte, vergl. Art. 63 KV., C. Jaeger, Komm. 207, N. 9.

14) Ebenso Reymond, fol. 130.

242. Das im gerichtlichen Verfahren sachlich kompetente Gericht bestimmt ausschließlich das kantonale Recht (BGE 28 I 340)[15]).

Der betreibungsrechtliche Charakter der Aussonderungsklage verlangt in der Festlegung des Gerichtsstandes nicht etwa das forum rei sitae, wie Reichel[16]) annimmt, sondern immer der Gerichtsstand des Konkursortes[17]). C. Jaeger[18]) stellt hiezu zwar die Frage, ob nicht im interkantonalen Verkehr die Klage, wenn sie auf Liegenschaften Bezug habe, an welchen die Konkursmasse in vielen Fällen keinen faktischen Gewahrsam habe, am Orte der gelegenen Sache angebracht werden könne. Gestützt auf die Tatsache, daß die Konkurseröffnung unter Umständen auch für gewöhnliche Forderungen eine Verschiebung des ordentlichen Gerichtsstandes zur Folge habe und daß speziell die Praxis einen einheitlichen Gerichtsstand verlange, kommt er mit Recht zu einer ablehnenden Antwort.

Als Streitwert der Klage gilt der konkursamtliche Schätzungswert der im Streite liegenden Sache, da sich hierauf das Interesse der Masse konzentriert[19]). Dies gilt auch dann, wenn die Masse ihre Rechte an Einzelgläubiger abgetreten hat

---

15) Von Overbeck, in BSchK. 2 fol. 102. Bundesrechtliche Gerichtsstandsbestimmungen nimmt Wagner, fol. 25, an.

16) Komm. Art. 242 N. 4. Reichel erblickt nämlich in der Klage nach Art. 242 eine Leistungsklage auf Herausgabe der Sache durch die Konkursverwaltung. Das Forum rei sitae war auch ausdrücklich festgelegt in den Kommissionsentwürfen von 1881 und 1882 für das Widerspruchsverfahren in der Betreibung auf Pfändung. v. Sarwey-Bossert, fol. 303, anerkennt auch für die Aussonderungsklage den nach den allgemeinen Grundsätzen zuständigen Gerichtsort. Für forum rei sitae (und forum debitoris) auch Seuffert, fol. 90; bezügl. Grundstükken auch E. Jaeger, Konkursrecht, fol. 73.

17) Blumenstein, fol. 768, C. Jaeger, Art. 242, N. 6, Jaeger/Däniker fol. 387, von Völderndorff, fol. 439. Vergl. auch Seuffert, Geschichte und Dogmatik, fol. 154. Vergl. ferner Wagner, fol. 25, der für alle Streitigkeiten der Zwangsvollstreckung Bundesrecht und damit den Ort der Vollstreckung als allein zuständig erachtet.

18) Komm. Art. 242, N. 6.

19) Blumenstein, fol. 768.

20) Flachsmann, fol. 20.

(Art. 260 SchKG.), wo nicht etwa der Betrag der Forderung des Abtretungsgläubigers maßgebend ist[20]).

V. Rechtskraft des Urteiles.

Die Wirkungen des Urteiles ergeben sich aus der juristischen Natur der Aussonderungsklage, sowie aus dem Zweck, der mit der Anrufung des Richters verfolgt wird. Keine Schwierigkeiten bestehen diesbezüglich im Verhältnis zwischen Aussonderungskläger und Masse. Zwischen ihnen besteht nur ein prozessuales Verhältnis und kein Rechtsverhältnis im eigentlichen Sinne. Zweck der Klage ist einzig die Fernhaltung der Zwangsvollstreckung in die vom Kläger beanspruchten Werte. Wenn daher die Klage gutgeheißen wird, so wird das im Streite liegende Rechtsobjekt ex nunc aus der Masseverfangenheit frei und darf nicht mehr zur Befriedigung der Gläubigeransprüche verwertet werden, wie es bei einem negativen Urteil der Fall wäre.

Welches Rechtsverhältnis besteht nun fortan zwischen dem Gemeinschuldner und dem Dritten, der die Sache ausgesondert hat? Nach C. Jaeger[21]) wird res judicata geschaffen dem Gemeinschuldner gegenüber, selbst für den Fall des nachherigen Widerrufes des Konkurses. Blumenstein[22]) dagegen läßt eine zivilrechtliche Vindikationsklage des Gemeinschuldners zu für den Fall des Konkurswiderrufes, nicht aber dann, wenn das Konkursverfahren vollständig zu Ende geführt wurde, da es sich hier um einen durch die Konkursverwaltung in den Grenzen ihrer sachlichen Kompetenz erledigten Konkursanspruch handle. Im Gegensatz zu diesen Ausführungen halten wir dafür, daß das zivilrechtliche Vindikationsrecht des Gemeinschuldners durch das Aussonderungsverfahren keine Einbuße erleidet, da letzteres, wie mehrfach ausgeführt, nur verfahrensrechtlichen Charakter hat und sich auch nur zwischen der Masse und dem Drittansprecher abspielt hinsichtlich der Frage der Zugehörig-

---

[21]) Komm. Art. 242, N. 6.
[22]) Handbuch, fol. 769.

keit zum Konkurssubstrat. Es ist speziell in Hinsicht auf die von Blumenstein aufgestellte Differenzierung nicht einzusehen, warum das Vindikationsrecht des Gemeinschuldners nur gegeben sein sollte, wenn nach erfolgter Durchführung des Aussonderungsverfahrens der Konkurs widerrufen wird und nicht auch, wenn er im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt wird. Daß die Konkursverwaltung diesen Anspruch in den Grenzen ihrer sachlichen Kompetenz erledigt hat, vermag diese Sonderbehandlung nicht zu rechtfertigen[23]).

Unbestritten ist dagegen das Vindikationsrecht des Dritten gegen den Gemeinschuldner, wenn er die ihm angesetzte zehntägige Frist verwirkt hat, sofern der Konkurs widerrufen wird und der betr. Vermögenswert nicht verwertet wurde[24]).

Die Prozeßkosten, die der Konkursmasse aus einem Aussonderungsprozeß erwachsen, sind Massakosten und sind daher aus dem Liquidationsergebnis vorab zu decken, Art. 262 SchKG.[25]).

---

[23]) In diesem Sinne auch Haab, Komm. 641, N. 47; Oetker, fol. 71; a. M. dagegen v. Wilmowski, fol. 201.

[24]) Vergl. Blumenstein, fol. 769, Jaeger, Komm. Art. 242 N. 8, Reichel, Komm. Art. 242, N. 3.

[25]) Reichel, Komm. Art. 242, N. 7. Ueber Kostenlast und Vorlegung der Beweismittel im Widerspruchsverfahren vergl. Wagner, fol. 122 & ff.